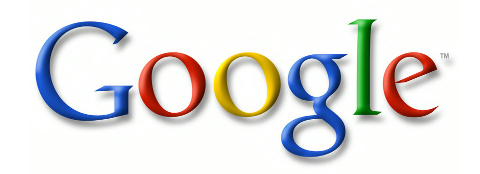



Digitized by Google

Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts.

VERGLEICHENDE DARSTELLUNG

DES

DEUTSCHEN UND AUSLÄNDISCHEN STRAFRECHTS.

VORARBEITEN ZUR DEUTSCHEN STRAFRECHTSREFORM.

HERAUSGEGEBEN
AUF ANREGUNG DES REICHS-JUSTIZAMTES
VON DEN PROFESSOREN

DR. KARL BIRKMEYER, DR. FRITZ VAN CALKER, DR. REINHARD FRANK,
DR. ROBERT V. HIPPEL, D. DR. WILHELM KAHL, DR. KARL V. LILIENTHAL,
DR. FRANZ V. LISZT, DR. ADOLF WACH.

BESONDERER TEIL.

V. BAND.



BERLIN.
VERLAG VON OTTO LIEBMANN,
BUCHHANDLUNG FÜR RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTEN.

Crim

VERBRECHEN UND VERGEHEN WIDER DAS LEBEN.

KÖRPERVERLETZUNG.

FREIHEITSDELIKTE.

BEARBEITET VON

DEN PROFESSOREN DR. V. LISZT, DR. LÖFFLER, DR. ROSENFELD,

PRIVATDOZENT DR. RADBRUCH.



BERLIN 1905.

VERLAG VON OTTO LIEBMANN,

BUCHHANDLUNG FÜR RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTEN.

Druck von C. G. Naumann, Leipzig.

VORWORT.

Die Reform des Deutschen Strafrechts ist die große und bedeutsame Aufgabe, die für das nächste Jahrzehnt auf dem Gebiete des Rechtslebens voraussichtlich gestellt sein wird. Die Aufgabe ist eine nationale; sie kann nur gelöst werden in einmütigem Zusammenwirken der berufenen Kräfte des Deutschen Volkes, sie muß an die heimische Rechtsentwickelung anknüpfen und dem Rechtsbewußtsein des Deutschen Volkes entsprechen. Die Aufgabe ist aber in gewissem Sinne zugleich eine internationale; denn, wie die deutsche Kultur sich innerhalb des Flusses der allgemeinen Kulturbewegung befindet, so bildet auch die deutsche Rechtsentwickelung nur ein Glied der allgemeinen Rechtsentwickelung. Wenn je, so machen heutzutage die wissenschaftlichen Strömungen nicht vor den Grenzen der einzelnen Staaten Halt. Wie der Rechtsverkehr mehr und mehr ein internationaler wird, so treten neuerdings auch auf dem Gebiete des Rechtslebens verwandte Bedürfnisse und Bestrebungen bei allen Kulturvölkern auf. Wenn der Gesetzgeber seiner Aufgabe gerecht werden will, so muß er einen Standpunkt zu gewinnen suchen, der nicht nur das eigene Recht vollkommen übersehen, sondern über dessen Schranken hinaus alle Zusammenhänge erkennen und das heimische Recht als ein individuell gestaltetes Gebilde der allgemeinen Rechtsentwickelung aller Kulturvölker erfassen läßt. Soll der fortschreitenden Entwickelung und den Bedürfnissen der Gegenwart voll Rechnung getragen werden, so darf bei einer Reform des deutschen Strafrechts die Gestaltung, die das Strafrecht in anderen Kulturstaaten gewonnen hat oder zu gewinnen bestrebt ist, unter keinen Umständen außer Betracht bleiben.

Bisher fehlte es innerhalb wie außerhalb Deutschlands für die in den wichtigeren Staaten geltenden Strafnormen an einer vergleichenden kritischen Übersicht, die einen wissenschaftlich befriedigenden Ausgangspunkt für die Strafrechtsreform darbieten könnte. Zwar ist vor nicht langer Zeit wertvolles Material zusammengetragen worden. Das von der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung herausgegebene Werk „Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung“, das in zwei Bänden vorliegt, bietet eine grundlegende Einführung in die Strafgesetzgebung

der europäischen wie der außereuropäischen Staaten. Doch ist dieses bedeutsame Werk bisher nicht dazu fortgeschritten, auch ein rechtsvergleichendes System des gesamten Strafrechts aufzustellen. Soll die Arbeit des deutschen Gesetzgebers wahrhaft erleichtert und befruchtet werden, so bedarf es eines Werkes, welches das deutsche Recht zum Ausgangspunkte nimmt und wissenschaftlich-kritisch die rechtsvergleichende Darstellung in den Dienst der für dieses Recht wichtigen Reformfragen stellt.

Die deutsche Strafrechtswissenschaft hat es unternommen, diese Lücke auszufüllen. Vertreter aller bestehenden Richtungen haben einmütig sich die Hände gereicht, um das große nationale Werk der Strafrechtsreform vorzubereiten. Unter Vermittelung des Reichs-Justizamts hat sich bereits gegen Ende des Jahres 1902 ein freies wissenschaftliches Komitee gebildet, das sich die Herausgabe eines Werkes zur Aufgabe stellte, in welchem eine vergleichende Darstellung aller in Betracht kommenden strafrechtlichen Materien gegeben, im Anschluß an diese Darstellung für die einzelnen Materien die Ergebnisse der Rechtsvergleichung kritisch gewürdigt und Vorschläge für die deutsche Gesetzgebung angeschlossen werden sollen. Konnten bei der Bildung des Komitees nur Universitäten der größeren Bundesstaaten — Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden und Elsaß-Lothringen — berücksichtigt werden, so bestand doch von vornherein der Wunsch, daß sich außerhalb des Kreises der Herausgeber die deutsche Strafrechtswissenschaft ausgiebig an dem für das künftige Reformwerk bedeutungsvollen Unternehmen beteiligen möchte. Der Wunsch ist voll in Erfüllung gegangen; dies beweisen die Namen in dem Verzeichnisse der Mitarbeiter, das dem Werke vorangeschickt ist. Unter den Mitarbeitern ist der gesamte Rechtsstoff zur Bearbeitung derart verteilt worden, daß jeder einzelne in wissenschaftlicher Unabhängigkeit und in gleichberechtigter Stellung, aber, was die Anordnung der Arbeiten und ihre Zweckbestimmung betrifft, nach gemeinsamen, von den Herausgebern festgestellten Gesichtspunkten seine Aufgabe zur Ausführung zu bringen hatte.

Die Bearbeitung umfaßt sämtliche Materien, von denen sich annehmen läßt, daß sie durch eine rechtsvergleichende Behandlung gefördert werden können. Zunächst werden mit geringfügigen Ausnahmen alle Materien behandelt, die Gegenstand des Besonderen Teiles des Deutschen Strafgesetzbuches bilden. Die Übertretungen finden dabei nur insoweit Berücksichtigung, als sie kriminalpolitisch von Bedeutung sind oder ihrem Tatbestande nach mit Verbrechen oder Vergehen in engem Zusammenhange stehen. Das gleiche gilt von den Strafvorschriften anderer Reichsgesetze als des Strafgesetzbuchs. Sodann werden alle grundlegenden Vorschriften des Allgemeinen Teiles behandelt.

Was das bei der Rechtsvergleichung herangezogene gesetzgeberische Material des Auslandes anlangt, so finden bei sämtlichen Materien das englische und französische Strafrecht, die neueren Strafgesetzbücher von

den Niederlanden, Italien und Norwegen sowie die Entwürfe zu einem österreichischen Strafgesetzbuch, einem schweizerischen Strafgesetzbuch und einem Bundesstrafgesetzbuch für die Vereinigten Staaten von Amerika Berücksichtigung. Außerdem werden bei den einzelnen Materien sonstige Vorschriften ausländischer Gesetze und Gesetzentwürfe herangezogen, sofern sie dem Bearbeiter für die rechtsvergleichende Behandlung bedeutsam erscheinen.

Möge das Werk der großen Aufgabe auch dadurch dienen, daß es Veranlassung geben wird, die wichtigsten, das allgemeine Interesse am meisten bewegenden Fragen in weiteren Kreisen zu erörtern und auf der gewonnenen Grundlage einer glücklichen Lösung entgegen zu führen.

VERZEICHNIS DER MITARBEITER
DES WERKES.

ALLFELD, Professor Dr., Erlangen.
ASCHAFFENBURG, Professor Dr., Köln a. Rh.
BELING, Professor Dr., Tübingen.
BIRKMEYER, Professor Dr., München.
VAN CALKER, Professor Dr., Straßburg i. E.
GRAF ZU DOHNA, Privatdozent Dr., Halle.
FINGER, Professor Dr., Halle.
FRANK, Professor Dr., Tübingen.
FREUDENTHAL, Professor Dr., Frankfurt a. M.
GERLAND, Privatdozent Dr., Jena.
GOLDSCHMIDT, Privatdozent Dr., Berlin.
HARBURGER, Rat am Obersten Landesgericht, Professor Dr., München.
HEGLER, Amtsrichter, Privatdozent Dr., Tübingen.
HEILBORN, Professor Dr., Breslau.
HEIMBERGER, Professor Dr., Bonn.
VON HIPPEL, Professor Dr., Göttingen.
HÖPFNER, Professor Dr., Göttingen.
KAHL, Geheimer Justizrat, Professor D. Dr., Berlin.
KITZINGER, Privatdozent Dr., München.
KLEINFELLER, Professor Dr., Kiel.
KOHLER, Geheimer Justizrat, Professor Dr., Berlin.
KÖHLER, Privatdozent Dr., München.
KOHLRAUSCH, Professor Dr., Königsberg.
LIEPMANN, Professor Dr., Kiel.
VON LILIENTHAL, Geheimer Hofrat, Professor Dr., Heidelberg.
VON LISZT, Geheimer Justizrat, Professor Dr., Berlin.
LOENING, Geheimer Justizrat, Professor Dr., Jena.
LÖFFLER, Professor Dr., Wien.
MAYER, M. E., Professor Dr., Straßburg i. E.
MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Professor Dr., Würzburg.
MERKEL, Privatdozent Dr., Marburg.
MITTERMAIER, Professor Dr., Gießen.
NAGLER, Privatdozent Dr., Leipzig.
NEUMEYER, Privatdozent Dr., München.
OETKER, Professor Dr., Würzburg.
RADBRUCH, Privatdozent Dr., Heidelberg.
VON ROHLAND, Professor Dr., Freiburg i. B.
ROSENFELD, Professor Dr., Münster.
SCHMIDT, Geheimer Hofrat, Professor Dr., Freiburg i. B.
SCHMOLLER, Landgerichtsrat Dr., Dozent, Tübingen.
STOOSS, Professor Dr., Wien.
TRAEGER, Professor Dr., Marburg.
VON ULLMANN, Geheimer Rat, Professor Dr., München.
WACH, Geheimer Rat, Professor Dr., Leipzig.
WACHINGER, Staatsanwalt, München.
WEISMANN, Professor Dr., Greifswald.

INHALTSVERZEICHNIS

zum V. Bande des Besonderen Teiles.

ZWEITE ABTEILUNG. VORSCHLÄGE FÜR DIE KÜNFTIGE GESETZGEBUNG.

VERBRECHEN UND VERGEHEN WIDER DIE PERSÖNLICHE FREIHEIT.

(Abschnitt 18 des II. Teiles des RStrGB.)

Bearbeitet von Professor Dr. ERNST HEINRICH ROSENFELD, Münster i. W.



Verbrechen und Vergehen wider das Leben.

(Abschn. 16 des II. Teiles des RStrGB.)

1. Tötung und Lebensgefährdung

(§§ 211—217, 222 RStrGB.).

Bearbeitet von Professor **Dr. Franz v. Liszt**, Berlin.

Inhaltsverzeichnis.

mütserregung. II. Die Tötung auf Provokation. III. Die Tötung des ehebrecherischen Ehegatten und verwandte Fälle. IV. Die Tötung unter Überschreitung der Grenzen der Notwehr oder eines Zuchtrechtes. V. Ergebnis. § 13. Die Bestrafung der gemeinen vorsätzlichen Tötung. I. Die Bestrafung der vollendeten Täterhandlung. II. Die Bestrafung der Teilnehmer. III. Die Bestrafung von Versuch und Vorbereitungshandlungen.

4. Abschnitt. Die Kindestötung. § 14. Rechtsvergleichende Darstellung. I. Die Behandlung der Kindestötung in den Strafrechten der Gegenwart. II. Der legislative Grundgedanke für die mildere Bestrafung der Kindestötung. III. Folgesätze. § 15. Legislative Vorschläge. I. Die Berechtigung einer Sonderbestimmung für die Kindestötung. II. Der Tatbestand der Kindestötung. III. Unterscheidungen innerhalb der Kindestötung. IV. Der Strafrahmen für die Kindestötung. V. Die Behandlung anderer beteiligter Personen. VI. Die Nebendelikte.

5. Abschnitt. Tötung auf Verlangen und Teilnahme am Selbstmord. § 16. Die Tötung auf Verlangen des Getöteten. I. Stand der Gesetzgebung. II. Das Reichsstrafgesetzbuch. III. De lege ferenda. § 17. Die Teilnahme am Selbstmord. I. Die Straflosigkeit des Selbstmordes und der Teilnahme daran. II. Die Teilnahme am Selbstmord als selbständiges Delikt. III. Die Gründe für und gegen die Strafbarkeit. IV. Tatbestand und Strafrahmen. V. Das amerikanische Duell.

6. Abschnitt. Fahrlässige Tötung und Lebensgefährdung. § 18. Die fahrlässige Tötung. I. Stand der Gesetzgebung. II. Der Tatbestand des Regelfalles und seine Bestrafung. III. Die erschwerten Fälle. § 19. Die Lebensgefährdung. I. Das Gattungsdelikt der Lebensgefährdung. II. Das Verhältnis des allgemeinen Gefährdungsdeliktes zu andern Tatbeständen.

Literatur.[1])

Allgemeine Werke: Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, I. Bd. 1894, II. Bd. 1899. Herausgegeben im Auftrage der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, und zwar Bd. I von v. Liszt, Bd. II von v. Liszt und Crusen. Zit. StG. Als Probebearbeitung des besonderen Teiles dieses Werkes erschien 1891 die sorgfältige und übersichtliche Darstellung von Rosenfeld, Die Tötungen, 17 Seiten; Bosco, Législation et statistique comparée de quelques infractions à la loi pénale (homicide etc.). Bulletin de l'Institut international de statistique XI S. 52—266. Zit. Bosco ohne Zusatz. Derselbe, Gli omicidii in alcuni stati di Europa. Daselbst IV 191 (Rivista penale XLII 235, 421).

Deutsches, österreichisches und schweizerisches Recht. Birnbaum, Über die verschiedenen Arten strafbarer Tötung und ihr Zusammentreffen in einem Gattungsbegriff usw., NA. XIII 88, 249, 416; C. G. L. Meyer, Versuch einer Prüfung der Lehre vom Tatbestand und der Täterschaft des Verbrechens im allgemeinen und des Verbrechens der Tötung insbesondere nach den Grundsätzen des preußischen Rechts, 1836; Temme, Die Lehre von der Tötung nach preußischem Recht, 1839; v. Buri, Zur Lehre von der Tötung, GA. XI 735, 797 (Tatbestand der Tötung; Körperverletzung mit tödlichem Erfolg); v. Holtzendorff in seinem Handbuch des Strafrechts III 405. Zit. v. Holtzendorff ohne Zusatz; John, Kritische Bemerkungen zu einzelnen die Tötungen und Körperverletzung betreffenden Vorschriften des Deutschen Strafgesetzbuchs, GA. XXV 393; Katzenstein, Die vorsätzliche Tötung nach geltendem Recht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, XXIV 503. — Janka, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 4. Aufl. herausg. von Kallina; Finger, Kompendien des österreichischen Rechts. Das Strafrecht II. Band 1894; Lammasch, Grundriß des österr. Strafrechts, 2. Aufl. 1902. — Stooß, Die Grundzüge des schweizer. Strafrechts im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt, I 1892, II 1893.

Niederländisches Recht. Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, 5 Bde., 3. Aufl. 1900ff. (zit. nach der 1. Aufl. 1881ff.); Brusa, L'ultimo progetto di Codice penale olandese, 1878 S. 117ff.; Van Swinderen, Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays-bas et à l'étranger 1891—1894, II S. 9ff.; van Hamel,

[1]) Die in der folgenden Darstellung gebrauchten Abkürzungen sind dieselben wie in meinem Lehrbuch. Lehr- und Handbücher sind nach den letzten Auflagen zitiert.

Inleiding tot de studie van het nederlandsche Strafrecht I, 1895; Simons, Leerboek van het nederlandsche Strafrecht I, 1904; Noyon, Het woetboek van Strafrecht verklaard, 2. Aufl. 1904, Bd. III S. 85 ff.

Skandinavisches Recht. Goos, Den danske strafferets specielle del, I 1895 S. 16—190. Zit. Goos ohne Zusatz; Derselbe, Den nordiske strafferet. Speciel del 1899, S. 17—138 (in der Nordisk Retsencyklopaedi III 2). Zit. Goos, Enzyklopädie; Bittl, Die Delikte wider Leib und Leben nach dänischem Recht unter Berücksichtigung des schwedischen und norwegischen 1899. — Anteckningar efter Professor Winroths rättshistoriska föreläsningar i Straffrätt s. a. S. 121—131.

Englisch-amerikanisches Recht. J. B. Bishop, Criminal law, 8. Aufl., 2 Bde. 1892, Bd. II §§ 613—745; Derselbe, Commentaries on the law of statutory crimes, 3. Aufl. herausg. von M. C. Early 1901; Cherry, An outline of criminal law as regards offences against individuals, 1892 S. 35 ff.; Mc. Clain, Criminal law, 2 Bde. 1897; Harris, Principles of the criminal law, 10. Aufl. herausg. von Attenborough 1904 S. 151—171; Courtney Stanhope Kenny, Outlines of criminal law, 1902 S. 101—160; I. A. Kerr, A treatise on the law of homicide, 1891 (650 Seiten); Mayne, The criminal law of India, 5. Aufl. 1905, §§ 399—417; Russel, A treatise on crimes and misdemeanors, 3 Bde., 6. Aufl. herausg. von Smith und Keep 1896 III S. 1—351; I. F. Stephen, Digest of the criminal law, 6. Aufl., herausg. von Sir Herbert Stephen und Harry Lushington Stephen 1904. Part V Art. 217 bis 256 (S. 156—194, unverändert gegenüber der 5. Aufl.). Zit. Stephen ohne Zusatz; Derselbe, General view of the criminal law, 2. Aufl., 1890 S. 131—142; Derselbe, History of the criminal law of England, 3 Bde., 1883 III S. 1—107; Tiffany, A treatise on the criminal law of the state of Michigan, 5. Aufl., herausg. von A. Howell 1900 (lehrreich für das Verhältnis des amerikanischen Statutarrechts zum englischen common law); Wharton, A treatise on criminal law, 10. Aufl., herausg. von Lewis 1896 I §§ 305—549 (S. 323—511). Zit. Wharton ohne Zusatz; Derselbe, A treatise on the law of homicide in the United States, 3. Aufl. 1891. Zit. Wharton, Homicide; Kappeler, Zum Begriff Mord im englisch-amerikanischen Recht, GS. XXII 312; Bertrand, Étude sur le projet de loi relatif à l'homicide en Angleterre. Bulletin de la société de législation comparée VII (1877) 178; Bosco, L'omicidio negli Stati Uniti d'America, Bulletin de l'Institut international de statistique, X 10; Bles, Moord en doodslag in het engelsche en het nederlandsche strafrecht. Tijdschrift voor strafrecht, VI 1.

Französisch-belgisches Recht. Chauveau et Helie, Théorie du code pénal, 6. Aufl. 1887, 1888, Bd. III Nummer 1183—1309, Bd. IV Nummer 1404—1501; Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 2. Aufl. 1898—1902, Bd. IV §§ 83—94, V §§ 102, 103; Garçon, Code pénal annoté, 1901, 1904; Nypels-Servais, Le code pénal belge interprété, nouvelle édition, II. Bd. 1897, III. Bd. 1898. Zit. Nypels ohne Zusatz.

Italienisches Recht. Carrara, Programma del corso di diritto penale. Parte speciale, Bd. I §§ 1086—1355 (zit. nach der 4. Aufl. 1878); Alimena, I limiti e i modificatori dell' imputabilità, I 1894, II 1896, III 1899; Puglia, Il reato d'omicidio. Saggio di diritto criminale positivo, 1881; Crivellari, Dei reati contro la vita e l'integrità personale, 1885; Puglia, Manuale di diritto penale secondo il nuovo codice penale italiano, II. Bd. 1890 S. 241—279; Crivellari-Suman, Il codice penale per il regno d'Italia interpretato, 8 Bde. 1890—1898, VII 1896 705 ff.; Enrico Ferri, L'omicidio nell' antropologia criminale (Omicida nato e Omicida pazzo) con atlante antropologico-statistico, 1895; Impallomeni, L'omicidio nel diritto penale, 2. Aufl. 1900. Zit. Impallomeni ohne Zusatz; Colajanni, L'omicidio in Italia, Rivista penale, LIII 1 (Statistik); Pessina, Elementi di diritto penale, 3 Bde. 1881—1885, II S. 1—71. Zit. Pessina ohne Zusatz; Derselbe, Manuale del diritto penale italiano, 3 Bde. 1893; Pasquale Tuozzi, Corso di diritto penale, 4 Bde. II. Teil 1891 S. 29 bis 151; Zanardelli, Relazione ministeriale, 1887 Cap. 135—148 (II S. 251—301).

Spanisch-portugiesisches Recht mit Einschluß der südamerikanischen Tochterrechte. I. F. Pacheco, El código penal concordado y commentado, 6. Aufl. III. Bd. (1888) S. 1—102 (betrifft das Strafgesetzbuch von 1850); Apéndice dazu (mit Berücksichtigung der Abänderungen von 1870) von Gonzales y Ser-

rano, 4. Aufl. 1889; Viada y Vilaseca, Código penal reformado de 1870, 4. Aufl. 4 Bde. 1890 III 1 ff.; Ramon Ramiro Rueda, Elementos de derecho penal, 2. Aufl. 3 Bände 1889 II 123; Groizard y Gomez de la Serna, El código penal de 1870 concordado e commentado, 7 Bde. 1897 I. Bd. 2. Aufl. 1803, II. Bd. 2. Aufl. 1904; die übrigen Bände in erster Auflage; L. Silvela, El derecho penal estudiado en principios y en legislacion vigente en España, 2. Aufl. herausg. von D. E. Silvela, 2 Bde. 1904; Textausgabe des spanischen Gesetzbuches von 1870 mit Anmerkungen von Manuel Gutierrez y Jimenez 1902. — R. Rivarola, Exposición y critica del código penal de la Rep. Argentina (von 1886), II. Bd. 1890 S. 11—59; Vieira de Araújo, O codigo penal (Brasilien 1890) interpretado, 2 Bde. (besonderer Teil), II. Bd. 1902 S. 1—40; Ochoa, Exposición del Código penal Venezolano, 1888 S. 383—399.

Einleitung.

§ 1.

Methodologische Vorbemerkungen.

I. Die Aufgabe der Rechtsvergleichung. II. Anwendung auf die vergleichende Strafrechtswissenschaft. III. Die Technik der Strafgesetzgebung.

I. Die Aufgabe der vergleichenden Rechtswissenschaft.[1])

Rechtsvergleichung als Wissenschaft ist nur möglich auf Grund einer feststehenden Methode, durch welche die innere Gesetzmäßigkeit in der Ordnung der einzelnen empirisch gewonnenen Kenntnisse gewährleistet wird.

Diese Gesetzmäßigkeit könnte an sich, wenn wir die viel mißbrauchten Schlagworte einer rückständigen Schulphilosophie einsetzen, kausal oder teleologisch gefaßt werden. Solange aber unsrem Auge das letzte Ziel der menschheitlichen Entwicklung verhüllt ist, kann die teleologische Betrachtung nur im Rahmen kausaler Erkenntnis verwertet werden. In dieser Beschränkung stellt der Begriff der Entwicklungsrichtung die Verbindung zwischen den beiden Betrachtungsweisen her. Die kausale Verknüpfung zwischen den Zuständen der Gegenwart und der Vergangenheit gewährt uns die Möglichkeit, die Umgestaltungen vorauszusehen, die uns die nächste Zukunft bringen wird. Damit ist die einzig denkbare wissenschaftliche Grundlage gewonnen für menschliche Zwecksetzung, für zielbewußtes Eingreifen des Gesetzgebers. Zugleich aber auch deren Grenze; denn wie der Mensch unter Benutzung der von ihm erkannten Naturkräfte den Lauf des Stromes regeln, niemals aber bewirken kann, daß das Wasser stromaufwärts fließt, so vermag auch der Gesetzgeber zwar nicht die gesellschaftliche Entwicklung in ihr Gegenteil zu verkehren, wohl aber ihr das feste Bett anzuweisen, damit Versumpfung wie Überschwemmung verhindert werde.

Rechtsgeschichte ist mithin die Voraussetzung der Rechtsvergleichung; aber diese führt über jene weit hinaus.

Die Rechtsgeschichte eines einzelnen Volkes hat das Nebeneinander und Nacheinander der rechtlichen Zustände innerhalb einer bestimmten gesellschaftlichen Einheit zu erforschen, den Zusammenhang der Rechts-

[1]) Vergl. dazu meine Einleitung zu StG. I.

satzungen mit dem gesamten Kulturleben des Volkes nachzuweisen und das Spätere aus dem Früheren kausal zu erklären.

Aber schon der Rechtshistoriker wird hinausgedrängt über die durch die ideographische Methode seinem Werke gesetzten Schranken. Die Verschiedenheit oder gar die Ähnlichkeit in dem Entwicklungsgange verschiedner Völker und Rechtssysteme muß sich ihm um so stärker aufdrängen, je mehr er in die Geschichte des einzelnen Rechtssystems sich vertieft; früher oder später wird er der Verlockung nachgeben und die Entwicklung verschiedner Rechtssysteme nebeneinanderstellen, sie — vergleichen.

Aber auch diese Rechtsvergleichung ist noch nicht vergleichende Rechtswissenschaft. Nicht durch die bloß äußerliche, deskriptive Nebeneinanderstellung verschiedner Entwicklungsreihen, sondern erst durch einheitliche Erfassung des Inhalts der verschiedenen Rechtssysteme wird die Rechtsvergleichung zur Wissenschaft.

Die Ähnlichkeit oder die Verschiedenheit in dem Entwicklungsgange verschiedener Rechtssysteme kann kein Spiel des blinden Zufalls, sie muß das Ergebnis gesetzmäßig wirkender Ursachen sein. Aus gleichen Ursachen muß auf gleiche Wirkungen, aus gleichen Wirkungen auf gleiche Ursachen geschlossen werden. Und wenn diese am einzelnen festgestellte kausale Beziehung in allgemeingültiger Ausdehnung erkannt wird, gelangen wir zu dem Begriff eines Gesetzes der gesellschaftlichen Entwicklung überhaupt, der Rechtsentwicklung insbesondere.

Es kann völlig dahingestellt bleiben, ob es der soziologischen Betrachtung des Rechtslebens bisher gelungen ist, solche Entwicklungsgesetze ausfindig zu machen. Zum mindesten dürfte es unbestritten bleiben, daß gerade die vergleichende Rechtswissenschaft vielfach zur Aufstellung von typischen Entwicklungsstufen gelangt ist, d. h. von Gestaltungen des Rechtslebens, die, trotz aller Abweichungen im einzelnen, mit denselben immer wiederkehrenden Grundzügen und mit derselben Aufeinanderfolge in der Rechtsgeschichte der verschiedenen Völker wiederkehren. Die Entwicklungsstufen in der Geschichte der Familien oder des Eigentums, der gesellschaftlichen Organisation oder der Reaktion gegen antisoziale Handlungen mögen als bekannte Beispiele hier genannt werden. Mit der Annahme solcher typischer Entwicklungsstufen steht und fällt die Rechtsvergleichung als Wissenschaft. Wer jene leugnet, stellt diese in Abrede.

Damit ist aber zugleich die Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für den Gesetzgeber, also ihr Wert für die Rechtspolitik klargelegt.

Die vergleichende Rechtswissenschaft lehrt uns die Entwicklungsrichtung kennen, in der sich die Organisation des gesellschaftlichen Lebens bewegt; sie gestattet innerhalb dieser Entwicklungsrichtung dem Gesetzgeber die bewußte Zwecksetzung. Und da die Entwicklung bei den verschiedenen Völkern nicht in demselben Tempo sich vollzieht, wird die vorgeschrittenere Entwicklung des einen für die übrigen das Ziel weisen, auf das sie gleichfalls, wenn auch langsamer, sich hinbewegen.

Um ein einziges Beispiel anzuführen: Der Eintritt eines Staates in die Weltwirtschaft wird stets gewisse gesellschaftliche Wirkungen und mit ihnen gewisse Umgestaltungen der Rechtsordnung hervorrufen; den Staat, der später als andere in diese Entwicklungsstufe seines wirtschaftlichen Lebens eintritt, werden die in den vorgeschritteneren Staaten eingetretenen Wirkungen und Rechtsänderungen lehren, welche Folgen auch für ihn der Beginn seiner weltwirtschaftlichen Weiterentwicklung haben muß; sie werden ihm den Weg zeigen, den seine Gesetzgebung zu gehen hat, um die von anderen gemachten Erfahrungen für sich zu verwerten. Das gilt für alle Gebiete des gesellschaftlichen Lebens; es gilt ganz besonders auch von der Entwicklung des Rechtslebens und der dieses begleitenden und führenden Gesetzgebung.

II. Das Gesagte gilt auch von der vergleichenden Strafrechtswissenschaft. Auch sie ist an sich wie als Grundlage für den Strafgesetzgeber nur denkbar, wenn die Kriminalität als gesellschaftliche Erscheinung und die Strafe als eigenartige Reaktion der Gesellschaft gegen antisoziale Handlungen in ihrer gesetzmäßigen, d. h. kausalen, Entwicklung erkannt und aus der bisherigen in Vergangenheit und Gegenwart gegebenen Entwicklung auf die Weiterentwicklung in der nächsten Zukunft mit einiger Sicherheit geschlossen werden kann.

Aber diese entwicklungsgeschichtliche Betrachtung von Verbrechen und Strafe, die einzige, die in Wahrheit auf den Namen einer Wissenschaft Anspruch machen kann, steckt heute noch in ihren ersten Anfängen. Nur für die allerältesten Entwicklungsstufen jener beiden Erscheinungen des gesellschaftlichen Lebens besitzen wir einige, wenn auch fast zusammenhanglose Erkenntnisse; je weiter Verbrechen und Strafe in das hellere Licht urkundlich beglaubigter Geschichte treten, desto mehr wird ihre wissenschaftliche Erfassung getrübt durch religiöse und metaphysische Vorurteile. Tobt doch heute noch der Streit darüber, ob die weitere Umgestaltung der ursprünglich triebartigen Reaktion, die durch das Verbrechen schon in der ältesten Gestaltung des menschlichen Zusammenlebens wachgerufen worden ist, in eine zweckbewußte Abwehr- und Sicherungshandlung uns die Entwicklungsrichtung der nächsten Zukunft darstellt, oder ob diese umgekehrt in der Reinigung der Vergeltungsidee von dem in sie eingedrungenen Zweckgedanken gesucht werden muß.

Unter diesen Umständen mangelt der rechtsvergleichenden Darstellung eines einzelnen Verbrechens oder einer Verbrechensgruppe die feste wissenschaftliche Grundlage. Es fehlt der einwandfrei festgestellte Rahmen der Gesamtentwicklung, in dem allein sich eine solche Untersuchung sicher bewegen könnte. Was sie heute zu bieten vermag, wird über hypothetische Annahmen nicht hinauskommen können.

III. Die Technik der Strafgesetzgebung.

1. Wenn es sich um die Aufstellung eines mit Strafe zu belegenden Tatbestandes handelt, hat der Gesetzgeber über zwei Fragen sich genaue Rechenschaft zu geben.

Er muß vor allem wissen, welches das Rechtsgut ist, das er durch seine Strafdrohungen schützen will. In gar vielen Fällen hat er das nicht gewußt, hat vielleicht nicht einmal versucht, sich die Frage vorzulegen. Welches ist, um ein viel besprochenes Beispiel anzuführen, das Rechtsgut, das wir durch die Bestrafung der widernatürlichen Unzucht schützen wollen?

Für die im folgenden zu behandelnde Deliktsgruppe ist glücklicherweise die Antwort auf die aufgeworfne Frage klar: das zu schützende Rechtsgut ist das menschliche Leben; lange nicht das für die Gesamtheit wertvollste Rechtsgut, wohl aber das wichtigste für den einzelnen Rechtsgenossen.

Dann aber muß der Gesetzgeber sich klar werden über die Art des Angriffs, gegen welchen er das Rechtsgut schützen will. Der Angriff kann Verletzung des Rechtsguts sein oder seine Gefährdung. Soll nur jene oder auch diese unter Strafe gestellt werden? Und weiter: Soll jede Verletzung und auch jede Gefährdung unter Strafe gestellt werden oder handelt es sich darum, aus dem weiten Kreise der Verletzungs- und Gefährdungsmöglichkeiten nur einzelne Fälle herauszugreifen und nur bestimmte, genau abgegrenzte Tatbestände mit Strafe zu belegen?

Gerade unsere Gruppe bietet für diese technischen Erwägungen anschauliche Beispiele. Die Verletzung des menschlichen Lebens, die Tötung, ist heute wohl überall in allen ihren Erscheinungsformen unter Strafe gestellt, nicht aber die Lebensgefährdung. Hier hat die geschichtliche Entwicklung den Gesetzgeber dazu geführt, gewisse Tatbestände, so die Aussetzung Hilfloser oder den Zweikampf, hervorzuheben, und für sich, als selbständige Delikte, mit selbständigen Strafen zu belegen, sodaß der Gesichtspunkt der Lebensgefährdung in Gesetzgebung und Rechtsanwendung fast ganz in den Hintergrund tritt. Gewisse, später zu besprechende Anzeichen deuten aber darauf hin, daß die jüngste Entwicklung zu einer wesentlichen Erweiterung der Fälle drängt, in denen die Lebensgefährdung strafbar ist, vielleicht sogar zur Aufstellung eines in begrifflicher Allgemeinheit gefaßten und in dieser umfassenden Bedeutung unter Strafe gestellten Tatbestandes der (Leibes- und) Lebensgefährdung.

2. An den Tatbestand knüpft sich die Strafe als Rechtsfolge. Wie ist diese nach Art und Maß zu bestimmen?

Die Frage braucht nur aufgeworfen zu werden, und sofort ist es klar, daß mit ihr die Grundlagen des Strafrechts selbst, der uralte Streit über Wesen und Zweck der Strafe, berührt sind. Eine klare und feste Stellung diesen Problemen gegenüber ist die notwendige Voraussetzung jeder rechtsvergleichenden Darstellung einer einzelnen Deliktsgruppe; aber die Rechtfertigung dieser Stellungnahme geht weit über die einer solchen Einzeluntersuchung gestellten Aufgabe hinaus.

Nach meiner grundsätzlichen Auffassung ist für die Bestimmung der Strafe nach Art und Maß ausschließlich das Schutzbedürfnis der Gesellschaft

maßgebend. Diese Auffassung liegt auch dieser Darstellung zu Grunde. Wer die Grundlage nicht anerkennt, wird wohl in den meisten Einzelpunkten zu anderen Ergebnissen gelangen.

Der Gesetzgeber, der den hier eingenommenen Standpunkt teilt, hat eine doppelte Erwägung anzustellen.

Zunächst wird die Intensität seiner Strafdrohungen bestimmt werden durch die Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit des in Frage stehenden Rechtsguts. Die erste kommt dem menschlichen Leben zweifellos zu; schon deshalb, weil die Macht eines Staates in letzter Linie auf seiner Volkskraft ruht. Auch an der Schutzbedürftigkeit des menschlichen Lebens kann nicht gezweifelt werden; denn wenn auch in der Erstarkung der Staatsgewalt und in der zunehmenden Sicherheit der Rechtsordnung eine früheren Jahrhunderten unbekannte Gewähr für den ausreichenden Schutz von Leib und Leben gegen gewalttätige Störung gegeben ist, so bringt doch gerade die Entwicklung des Verkehrs eine stets sich steigernde Fülle von Gefahren für das Leben der Staatsbürger mit sich. In dem Maße, in dem die Zahl der Mordfälle abnimmt, wächst die Zahl der Lebensgefährdungen. Der Schutz des menschlichen Lebens bildet auch in unseren Tagen eine der wichtigsten Aufgaben der Strafgesetzgebung.

Die zweite Erwägung bezieht sich auf die antisoziale Bedeutung der gegen das zu schützende Rechtsgut gerichteten Angriffe. Diese steigt zweifellos bei der Tötung unter Umständen bis zur obersten Grenze. Sie kann aber sogar bei der vorsätzlichen Tötung (man denke an die Gewährung der Euthanasie) und sie wird meist bei der Lebensgefährdung gering sein. Diesen verschiedenen Abstufungen in der antisozialen Bedeutung der Tat muß der Gesetzgeber Rechnung tragen. Und so zeigt schon diese flüchtige Betrachtung, daß die Strafnahmen für die Tötungsdelikte eine Spannweite besitzen müssen, die einerseits die oberste Stufe der Strafskala erreicht, andrerseits aber der untersten Stufe wenigstens nahe kommen muß.

---

1. Abschnitt.

Der allgemeine Begriff der Tötung.[1])

§ 2.

Das objektive Merkmal.

I. Der Tod eines Menschen als Erfolg. II. Die Verursachung des Todes durch die Willensbetätigung des Täters. III. Rechtswidrigkeit der Tötungshandlung.

I. Der Begriff der Tötung erfordert den Eintritt des Todes eines Menschen.

1. „Mensch" ist das vom Weibe geborene Lebewesen.

Dieser Begriff bietet Schwierigkeiten nur nach einer einzigen Richtung hin: in seiner Abgrenzung von der Leibesfrucht. Nur an dem Menschen ist Tötung im technischen Sinne des Wortes möglich; Tötung der Leibesfrucht ist in der Auffassung des Juristen Abtreibung, nicht Tötung.

Bekanntlich ist diese Grenze in der Literatur und in der Rechtsprechung der verschiedenen Völker äußerst bestritten; von einer herrschenden oder auch nur überwiegenden Ansicht kann nicht gesprochen werden.[2]) Für den Gesetzgeber ist kein Anlaß vorhanden, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

---

[1]) Die moderne Gesetzgebung pflegt von der Aufstellung eines allgemeinen Begriffs der Tötung abzusehen. In der deutschen Partikulargesetzgebung fand er sich da und dort. So Bayern (1813) 142, Hannover 225, Baden 203. Hier heißt es: „Wer durch eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, ist des Verbrechens der Tötung schuldig." Nachahmung dieser Beispiele kann nicht empfohlen werden; sie führt über die Aufgabe des Gesetzgebers hinaus.

[2]) Für die deutsche Literatur vergl. die Zusammenstellung bei v. Liszt § 80 Note 1. Ich füge hier einige Angaben über die außerdeutschen Lösungsversuche bei. 1. Den Eintritt der Wehen läßt entscheiden: Nypels II 626. 2. Den wirklichen Beginn oder die Möglichkeit der Lungenatmung (oder das Aufhören der Plazentaratmung), also das selbständige Leben außerhalb des Mutterleibes, halten für maßgebend: Dorama (Lit. zum 4. Abschn.) 48, Goos I 128. 3. Der Austritt irgend eines Körperteiles genügt nach Finger II 4, Noyon III 92. 4. Die englisch-amerikanische Literatur verlangt im allgemeinen Austritt des ganzen Körpers; Atmung ist weder erforderlich (Scheintod), noch genügend. So u. a. Kenny 128, Russel III 7, Wharton § 445 (der aber independent circulation verlangt). Sehr deutlich wird diese Ansicht zum Ausdruck gebracht in dem Entw. 1879 s. 166: „Ein Kind wird zum menschlichen Lebewesen (a human being), wenn es lebend vollständig aus dem Körper der Mutter ausgetreten ist, mag es geatmet haben oder nicht, mag es unabhängigen Blutumlauf gehabt haben oder nicht, mag die Nabelschnur getrennt sein oder nicht; und die Tötung ist homicide, wenn es nach der Geburt stirbt infolge von Verletzungen, die vor, während oder nach der Geburt zugefügt sind." Dagegen genügt nach indischem Recht teilweiser Austritt: vergl. Mayne § 401.

Wohl aber sollte ihm der Streit der Meinungen zeigen, daß die Strafdrohungen gegen Tötung einerseits und die gegen Abtreibung andrerseits zueinander in ein richtiges Verhältnis gesetzt werden müssen. Wenn die Abtreibung in kaum merkbaren Abstufungen in die Kindestötung übergeht, so muß das Gesetz dem Rechnung tragen. Es wird sich zunächst empfehlen, nicht bloß die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Abtreibung unter Strafe zu stellen; dann aber die Strafrahmen für Tötung und die für Abtreibung, mag es sich um vorsätzliche oder um fahrlässige Begehung handeln, in einander übergreifen zu lassen. Unter dieser Voraussetzung wird auch die unrichtige Subsumtion des Einzelfalles unter diesen oder jenen Begriff ohne wesentlichen Nachteil für die Rechtspflege bleiben.

2. Daß Lebensfähigkeit des Getöteten nicht Tatbestandsmerkmal ist, daß vielmehr an dem nicht lebensfähigen neugeborenen Kinde, wie an dem mit dem Tode ringenden Greise Tötung möglich ist, wird heute allgemein zugegeben. Der Gesetzgeber aber wird diese Fälle im Auge behalten und auch bei überlegter vorsätzlicher Tötung weitgehende Milderung gestatten müssen.

3. Auch der Selbstmord fällt unter den Begriff der Tötung; seine strafrechtliche Behandlung, insbesondere die der Teilnehmer an dem Selbstmorde eines anderen, wird unten besonders besprochen werden.

II. Tötung ist Verursachung des Todes eines Menschen durch die Willensbetätigung des Täters.

1. Für das Gesetz genügt die Wendung „wer tötet“. Damit ist das occidere wie das mortis causam praebere umfaßt. Jede weitere Umschreibung des Begriffs ist überflüssig und damit unrichtig.

Verfehlt daher § 222 RStrGB.; Italien 364 (chiunque cagiona la morte); Österreich 134 (wer gegen einen Menschen so handelt, daß daraus dessen oder eines anderen Menschen Tod erfolgt).[1] Auch die Wendung: „einen Menschen des Lebens berauben“, die Rußland 1903, Niederlande, Mexiko u. a. gebrauchen, kann nicht empfohlen werden. Die Bezeichnung der Schuldart „vorsätzlich“ oder „fahrlässig“ läßt sich mit der Fassung „wer tötet“ ebenso leicht verbinden wie die Hervorhebung besonderer Merkmale für die schwerer oder milder behandelten Tötungsfälle (z. B. „die Mutter, die ihr uneheliches Kind usw. tötet . . .“).

2. Daß der Gesetzgeber keinen Anlaß hat, gerade bei der Behandlung der Tötung über den Begriff der Verursachung sich auszusprechen, wird heute wohl allgemein, auch in der wissenschaftlichen Literatur des Auslandes, zugegeben. Dagegen muß die Frage aufgeworfen werden, ob eine gesetzliche Bestimmung des Ursachenbegriffs nicht im allgemeinen Teile des StrGB. zu geben sei. Die Frage kann hier nicht erschöpfend behandelt, sie kann aber auch nicht völlig umgangen werden.

---

[1]) Dagegen empfiehlt die Fassung des geltenden österr. Rechts Lammasch, Das Werk des Strafgesetzausschusses, 1893 S. 15. Seine Bedenken gegen das Wort „töten“ sind aber, wie die deutsche Rechtsprechung lehrt, völlig unbegründet.

Wie fast die sämtlichen Lehren des allgemeinen Teils, so hat auch der Begriff der Verursachung gerade im Anschluß an die Tötung sich entwickelt. Auf diese Entwicklung ist hier nicht einzugehen. Aber das muß festgestellt werden, daß die deutsche Landesgesetzgebung des 19. Jahrhunderts sich in einer ganz bestimmten Richtung bewegt. Für sie handelte es sich darum, dem Ursachenbegriff gegenüber der in der Literatur hervorgetretenen einschränkenden Tendenz ein möglichst weites Anwendungsgebiet zu sichern. Das oft aufgestellte Erfordernis, daß die Verletzung absolut tödlich sein müsse, damit der Erfolg dem Täter zugerechnet werden könne, sollte durch den klaren Ausspruch des Gesetzes abgelehnt werden.

Nach dem Vorbilde des bayrischen StrGB. von 1813 Art. 143 enthielt die übergroße Mehrzahl der deutschen Strafgesetzgebungen in dem von der Tötung handelnden Abschnitt Bestimmungen über den Ursachenzusammenhang. So Sachsen (1838) 120, Württemberg 235, Braunschweig 154, Hannover 226, Darmstadt 251, Baden 204, ebenso auch, seit der Revision von 1852, Österreich 134[1]); aber auch noch Bayern 1861 Art. 233, Lübeck 1863 § 153, Bremen Entw. 1868 § 330.

Dieser Richtung folgte auch Preußen 185: „Bei Feststellung des Tatbestandes der Tötung kommt es nicht in Betracht, ob der tödliche Erfolg einer Verletzung durch zeitige oder zweckmäßige Hilfe hätte verhindert werden können, oder ob eine Verletzung dieser Art in allen Fällen durch Hilfe der Kunst geheilt worden, ingleichen, ob die Verletzung nur wegen der eigentümlichen Leibesbeschaffenheit des Getöteten oder wegen der zufälligen Umstände, unter welchen sie zugefügt wurde, den tödlichen Erfolg gehabt hat."

Damit ist festgestellt, daß der Begriff der Verursachung nicht mehr bedeuten soll als das Setzen einer Bedingung zu dem Erfolg. Anders ausgedrückt: Der Begriff der „wirkenden Ursache" wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie bloß Mitursache ist, daß der Erfolg nur herbeigeführt worden ist durch das Mitwirken von gleichzeitig wirkenden Nebenursachen (Körperbeschaffenheit des Verletzten) oder von nachträglich hinzutretenden Zwischenursachen, soweit diese nicht unabhängig von der Verletzung eingetreten sind. Auch eine ganz ausnahmsweise Verkettung der Umstände genügt[2]); nur durch positives Tun des Arztes, nicht aber durch bloße Versäumnis, wird der Kausalzusammenhang unterbrochen.

Das geltende deutsche Recht hat eine solche Bestimmung nicht aufgenommen. Ganz abgesehen davon, daß sie nicht an diese Stelle gehört, schien sie um das Jahr 1870 auch überflüssig. Für Theorie und Praxis stand damals der weitere Ursachenbegriff fest.

---

[1]) Für das österr. Recht behaupten Einschränkung des Ursachenbegriffes in den Fällen des dolus indirectus, also besonders beim Totschlag des § 140, Lammasch S. 28, 53, Finger II 20; dagegen Janka 194.

[2]) Goltdammer, Materialien II 398.

Heute hat sich die Sachlage geändert. Zwar kann die gemeindeutsche Ursachentheorie in der Gestalt, die sie bei Buri und seinen Nachfolgern gefunden hat, noch immer als die im Strafrecht überwiegende bezeichnet werden. Insbesondere haben alle die verschiedenen Versuche, zwischen Ursache und Bedingung zu unterscheiden, ihr keine ernstliche Gefahr bereitet. Wohl aber wird sie in Frage gestellt durch die Theorie von der adäquaten Verursachung, die auf dem Gebiete des Privatrechts wie des Strafrechts fortwährend an Boden gewinnt.

Aus dieser Sachlage ergibt sich für den Gesetzgeber die — ich glaube unabweisliche — Verpflichtung, Stellung zu nehmen, und zwar im allgemeinen Teil; wobei die eben erwähnte Fassung der deutschen Landesgesetzbücher vorbildlich sein mag. Mir wenigstens scheint es zweifellos, daß nicht bloß aus theoretischen, sondern in erster Linie aus praktischen Gründen die Aufnahme der Theorie der adäquaten Verursachung und die mit ihr gegebene Einschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit einen wesentlichen Rückschritt gegenüber der bisherigen Entwicklung bedeuten würde.

Ein Blick auf die Auffassung des Problems im außerdeutschen Recht ist nicht ohne Interesse.

Der weitere Ursachenbegriff der deutschen Landesgesetzgebung beherrscht unbestritten auch das Gebiet des englisch-amerikanischen Rechts.

Zwar hatte hier das common law im Anschluß an die mittelalterliche Auffassung die Zurechnung des Todes ausgeschlossen, wenn dieser nicht binnen Jahr und Tag (within a year and a day) eingetreten war.[1]) Allein diese Bestimmung steht nicht mehr im Einklang mit der heutigen Auffassung. Sie ist aufgegeben in dem indischen StrGB. von 1860.[2]) Der Entwurf 1878 kennt sie nicht; und wenn sie auch in den Entwürfen 1879 wiederkehrt, so scheint es doch festzustehen, daß die Rechtsprechung sich nicht mehr um sie kümmert.[3])

Dagegen hat das englisch-amerikanische Recht eine Anzahl von Regeln ausgebildet, die im Grundgedanken durchaus mit der gemeindeutschen Auffassung des Ursachenbegriffs übereinstimmen. Man vergleiche den Entwurf 1878 in s. 131, 132; die Entwürfe von 1879 s. 167—173. Darnach liegt Verursachung des Todes vor, auch wenn die Handlung nicht die unmittelbare und nicht die einzige Ursache des Todes war: so, wenn jemand durch Drohung veranlaßt wird, eine Handlung zu begehen, die seinen Tod herbeiführt; wenn der Tod durch Anwendung geeigneter Mittel oder entsprechendes Verhalten des Verwundeten hätte abgewendet werden können; wenn die Verletzung erst im Zusammenhang mit unrichtiger ärztlicher Behandlung den Tod bewirkt hat usw. Auch die Literatur lehrt, daß der

[1]) Stephen Art. 242.
[2]) Phillipps, StG. II 249.
[3]) Kenny 140 gegen Wharton § 312, der die alte Regel noch vorträgt.

Täter, der die causa causae gesetzt hat, für den durch diese herbeigeführten Erfolg haften muß.[1]) Nur wenn der behandelnde Arzt nicht fahrlässig, sondern in bösem Glauben[2]) gehandelt hat, ist die Haftung des Verletzenden für den eingetretenen Tod ausgeschlossen. Auch wird ausdrücklich hervorgehoben, daß die Herbeiführung des Todes durch Ablegung eines falschen Zeugnisses (procuring death by false evidence) nicht als Tötung zu betrachten ist.[3])

Auf demselben Standpunkt steht auch die spanische Rechtsprechung. Nach einer Entscheidung des Kassationshofes vom 23. Juni 1900 (bei M. Gutiérrez y Jiménez) haftet der Täter auch für die weiteren Folgen seiner Tat. Er hat den Tod verursacht, wenn infolge der Verwundung eine Pleuresie eintrat, die mit tödlichem Ausgang verlief. Und dasselbe gilt für Rußland, wie die Motive zu dem StrGB. 1903 S. 29 ausdrücklich erklären.

Auf dieser weiteren Fassung des Ursachenbegriffs beruht es, daß auch die bloß seelische Einwirkung, der homicide moral begangen durch mental shock, wenigstens unter gewissen Voraussetzungen in der außerdeutschen Literatur als Mittel der Tötung anerkannt wird.[4])

Dagegen zeigt sich in der französischen Literatur eine ausgesprochene Neigung zur Einengung des Ursachenbegriffs. So verlangt Garçon[5]), daß der Tod die „direkte und unmittelbare Folge" der Handlung gewesen sei; es genügt nicht eine cause occasionelle. Wenn die Wunde an sich nicht tödlich war, aber durch den Blutverlust eine vorhandene organische Erkrankung verschlimmert und so der Tod herbeigeführt wurde, kann nach ihm lediglich Versuch der Tötung angenommen werden. Mit der Forderung einer adäquaten Verursachung hat aber auch diese Lehre nichts gemein.

Eigenartig gestaltet sich die Auffassung des italienischen Rechts.

---

[1]) So Kerr 28, Russel 35, Stephen Art. 240, 241, Wharton, Homicide §§ 358 bis 389.

[2]) Nach Entw. 1880 s. 508 Abs. 4 wird auch durch das fahrlässige Verhalten eines Dritten, also auch des Arztes, der Kausalzusammenhang unterbrochen.

[3]) Entwürfe 1879 s. 168 (nicht aber Entw. 1880).

[4]) In England seit Richter Hale † 1676 viel erörtert. Für die Bejahung schon Stephen Entw. 1874. Die Entwürfe 1879 s. 167 für den Fall, daß der Tod eines Kindes oder einer kranken Person durch Erschrecken herbeigeführt wird; dagegen nach s. 170 nicht für die übrigen Fälle von Killing by influence of the mind. So auch Kenny 126, Kerr 3, Stephen Art. 242; ablehnend Russel und Wharton. — Für Annahme einer Verursachung durch psychische Einwirkung sehr bestimmt Carrara § 1087, Crivellari-Suman VII 715, Puglia II 242, Impallomeni 6, Goos I 43, Rivarola II 18. Dagegen leugnen die heutigen Franzosen die Möglichkeit eines homicide moral, im Gegensatz zu der älteren, insbesondere auch von Rauter vertretenen Ansicht. So Chauveau-Hélie III Nr. 1189, Garraud IV 515 (Nr. 1572), Garçon Note 13 zu Art. 295.

[5]) Note 8 zu Art. 295. — Vergl. auch die vorangehende Note über den homicide moral.

Die älteren italienischen Strafgesetzbücher hatten Eintritt des Todes binnen 40 Tagen verlangt, um die volle Strafe der Tötung eintreten zu lassen.[1])

Zugleich aber hatte das sardinische StrGB. 541, 542 bei der Körperverletzung mit tödlichem Ausgang, die es der vorsätzlichen Tötung gleichstellte, Herabsetzung der Strafe um einen bis drei Grade vorgesehen, wenn die zugefügte Verletzung nicht die einzige Todesursache war. Hier findet sich also bereits der Begriff und die eigentümliche Behandlung der concausa.[2])

Während der Vorbereitung des italienischen StrGB. spielte diese Bestimmung eine große Rolle. Die erste Kommission hatte ihre Aufnahme nicht bloß bei der tödlichen Körperverletzung, sondern auch bei der vorsätzlichen Tötung verlangt und trotz lebhaften Widerspruchs durchgesetzt. Sie findet sich demgemäß bereits in den Entwürfen 1868 und 1870. Auch später, zuletzt 1887, siegten die Anhänger der überlieferten Anschauung über ihre Gegner.

Im geltenden Rechte lauten die Bestimmungen:

Art. 367: „Wäre in den Fällen der vorangehenden Art. der Tod nicht ohne die Mitwirkung vorher bestehender, dem Täter unbekannter Bedingungen oder später eingetretener, von seinem Handeln unabhängiger Ursachen eingetreten, so ist die Strafe im Falle des Art. 364 Einschließung von 15—20 Jahren, in den Fällen des Art. 365 Einschließung von 18—21 Jahren und in den Fällen des Art. 366 Einschließung über 22 Jahre.“[3])

Art. 368 Abs. 2 gibt entsprechende Bestimmungen für die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang.

Daß diese Bestimmungen sich durch besondere Klarheit auszeichnen, wird nicht behauptet werden können. Und die italienische Literatur quält sich vergeblich mit ihnen ab.

Nach dem Gesetz erscheint der omicidio concausale nicht als eine besondere Art, sondern nur als ein milderer Fall der vorsätzlichen Tötung. Richtig spricht man daher in der italienischen Literatur überwiegend von der scusa legale del concorso di concause.[4])

Es ist aber einleuchtend, daß hier ein logischer Widerspruch vorliegt. War der Vorsatz des Täters auf den Tod gerichtet und ist dieser ein-

[1]) Ähnlich Tessin 300, sowie verschiedene süd- und mittelamerikanische Rechte. Kolumbien (1890) 619—621 hat eine Frist von 60 Tagen.

[2]) Pampani, Le concause nell' omicidio e nelle lesioni personali. Rivista di diritto penale e sociologia, III 7; Eula, Delle concause nelle lesioni. Rivista penale, Suppl. V 53; Zanfagna, Teoria della concausa (Art. 367, 368). Rivista penale, Suppl. V 103; Brusa, Della concausa nell' omicidio. Rivista penale, XXX.

[3]) Die Relazione ministeriale Kap. 142 enthält keinerlei Rechtfertigung dieser Bestimmung. Vergl. auch Crivellari-Suman VI 819. — Die italienischen Tochterrechte stehen der Bestimmung zweifelnd gegenüber; Paraguay 206, Uruguay 322 haben sie aufgenommen, Argentinien nicht.

[4]) Dagegen Impallomeni 13, nach dem es sich weder um eine scusa, noch um eine minorante, sondern um eine besondere Art der Tötung handelt.

getreten, so kann der singuläre Verlauf des Kausalzusammenhanges, wenn er überhaupt berücksichtigt werden soll, nur dazu führen, daß der eingetretene Erfolg dem Täter gar nicht zugerechnet wird. Dann ist das begangene Delikt aber nicht mehr vorsätzliche Tötung, sondern Körperverletzung mit (vom Täter nicht verursachtem) tödlichem Erfolg[1]) oder aber Tötungsversuch.[2]) Es kommt die weitere Erwägung hinzu, daß die Abgrenzung von dem omicidio preterintenzionale (siehe unten § 3) ohne die gewaltsamsten Auslegungsversuche kaum mehr möglich ist.

Daß unser künftiges Reichsgesetz den von Italien gewiesenen Weg betreten wird, ist wohl ausgeschlossen. Immerhin ist die Betrachtung des italienischen StrGB. lehrreich: sie zeigt, zu welchen Widersinnigkeiten das Streben nach Einengung des Ursachenbegriffs zu führen vermag. Die ausdrückliche Ablehnung dieser Bestrebungen, und zwar im allgemeinen Teil des StrGB., ist heute wie im Jahre 1813 eine der wichtigsten Aufgaben des Gesetzgebers.

3. Daß die Nichthinderung des Erfolges, vorausgesetzt, daß eine Rechtspflicht zur Hinderung bestand, seiner Verursachung gleichsteht, bedarf für den deutschen Richter keiner ausdrücklichen Hervorhebung.[3]) Jedenfalls würde diese Bestimmung nicht in den Abschnitt von der Tötung, sondern in den allgemeinen Teil gehören.

Erwähnung verdient, daß das englische Recht die Fälle näher zu bezeichnen unternimmt, in denen die Rechtspflicht, für Leib und Leben andrer Personen zu sorgen, gegeben ist.[4])

---

[1]) Pessina II 5: offesa volontaria seguita da morte (unrichtig dem geltenden Recht gegenüber). Vergl. Impallomeni 13, der das Gesetz sehr scharf kritisiert; Rivarola II 20.

[2]) Zutreffend daher, wie schon Bayern 1813 Art. 144, Portugal 350: „Als Mordversuch oder als mißlungener Versuch, je nach den Umständen, wird jede Verwundung, jedes Schlagen oder jeder körperlicher Angriff bestraft, der in der Absicht zu töten ausgeführt wird, und zwar in den Fällen, in denen der Tod nicht eingetreten ist, oder in denen der Tod infolge einer zufälligen Ursache eingetreten ist, die keine Folge der Tat des Verbrechers war.“

[3]) Die Gleichstellung widerspricht, wie es scheint, dem französischen Rechtsgefühl. Garçon lehnt in den Noten 14, 25, 37 zu Art. 295 die deutsche Lehre von den Unterlassungen ausdrücklich ab. Sehr unklar Nypels II 597. — Im niederländischen Recht ist die Frage sehr bestritten. Noyon III 86 erklärt, daß die Mutter, die ihr Kind verhungern läßt, es nicht „des Lebens beraubt“ habe; er tritt aber damit in Widerspruch zu van Hamel I 200 wie Simons I 94. Der (zurückgezogene) Entw. Cort van der Linden 1900 hatte durch einen Zusatz zu Art. 287 die pflichtwidrige Unterlassung ausdrücklich dem Tun gleichgestellt; gleichgültig, ob die Verpflichtung durch Gesetz oder Vertrag begründet oder vom Täter durch freiwillige Handlung auf sich genommen war. Der (ebenfalls zurückgezogene) Entw. von 1904 wiederholt diesen Vorschlag nicht.

[4]) Vergl. Stephen Art. 232. Entw. 1878 s. 127; Entwürfe 1879 s. 159, 160. Hier werden die Duties tending to the preservation of life eingehend behandelt. Sie zerfallen in zwei Gruppen: 1. Die Verpflichtung, für die Lebensnotdurft andrer zu sorgen (gegenüber Kindern, Dienern, Lehrlingen unter 16 Jahren usw.); 2. die Verpflichtung, bei gefährlichen Handlungen, bei Verwendung oder Bewachung gefährlicher Gegenstände usw. besondere Sorgfalt anzuwenden. Der Entw. 1880 s. 508 stellt die rechtspflichtwidrige Unterlassung ausdrücklich und allgemein der Begehung gleich.

III. Nur die rechtswidrige Tötung ist strafbar.

1. In der Behandlung der Fälle, in denen die Tötung pflichtmäßig oder gestattet oder doch straflos ist, steht die deutsche Gesetzgebung grundsätzlich auf einem vorgeschrittneren Standpunkte wie die romanischen und englisch-amerikanischen Rechte. Dieser Fortschritt liegt hauptsächlich, aber nicht ausschließlich, in der Erkenntnis, daß die Begriffe Notwehr und Notstand umfassende Bedeutung haben und daher im allgemeinen Teile zu behandeln sind. Ergänzend tritt hinzu, daß die beiden Begriffe selbst, so unbefriedigt auch noch heute die Lehre vom Notstande nach deutschem Rechte sein mag, wesentlich schärfer und zugleich weiter gefaßt sind, als nach den ebenerwähnten Rechtssystemen. Damit entfällt für uns[1]) der besondere Begriff eines straffreien homicide justifié (oder justifiable) im Unterschiede von dem, grundsätzlich milder zu bestrafenden homicide excusable.

Die légitime défense de soi-même ou d'autrui ist in Art. 329 c. pénal sowie in den diesem folgenden Rechten bei der Tötung besonders hervorgehoben.[2]) Diese Behandlung der Frage findet sich sogar noch in dem italienischen StrGB.[3]) Die Überschreitung der der Notwehr gezogenen Grenzen begründet homicide excusable; vergl. unten § 12 IV.

Das englisch-amerikanische Recht hat den Unterschied von homicide justifiable und excusable völlig verwischt; Bestrafung ist in beiden Fällen ausgeschlossen.[4]) Es kennt den Begriff der straffreien selfdefence, schränkt ihn aber wesentlich ein: nur bei Gefahr des Todes oder von great bodily harm ist die Verteidigung gestattet.[5]) Der Begriff des Notstandes dagegen ist unbekannt. Bei homicide from necessity kann vielleicht Tot-

---

[1]) Auffällig mag es sein, daß auch Goos I 44 es für nötig hält, die Frage ausführlich zu behandeln.

[2]) C. pénal 328: Weder Verbrechen noch Vergehen liegt vor, wenn die Tötung, die Verwundungen oder Schläge „étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui". 329: Unter Notwehr sind auch die beiden folgenden Fälle verstanden: 1. wenn die Tötung begangen oder die Schläge zugefügt wurden, indem während der Nacht das Einsteigen oder Einbrechen . . . . . zurückgewiesen wurde; 2. wenn die Tat stattfand zur Verteidigung gegen die Urheber von Diebstahl oder Plünderung mit Gewalt.

[3]) Italien 376: Nicht strafbar ist, wer eine der in den vorangehenden Artikeln vorgesehenen Handlungen begangen hat, weil er durch Not gezwungen war 1. das eigene Vermögen gegen die Urheber einer der in den Artikeln 406, 407, 408 und 410 (Raub und Erpressung) vorgesehenen Handlungen oder gegen Plünderung zu verteidigen; 2. bei Einsteigen, Einbrechen oder Brandstiftung an dem Hause oder an einem anderen Wohngebäude und zugehörigen Räumen die Täter zu vertreiben, falls dies zur Nachtzeit vorfällt, oder aber das Haus oder Wohngebäude oder die zugehörigen Räume an isoliertem Ort sich befinden oder aus guten Gründen für die persönliche Sicherheit der darin Befindlichen zu fürchten steht.

[4]) Vergl. Conti, L'omicidio giustificabile e l'omicidio scusabile nel progetto di codice penale per gli Stati Uniti d'America. Rivista penale, LV 653.

[5]) Kenny 103, Kerr 9, 173, Stephen Art. 221. Dabei ist zu beachten, daß nach der älteren Lehre die Notwehr bei Möglichkeit ungefährlicher Flucht ausgeschlossen war, während die neuere Rechtsprechung sie auch in diesem Falle zuläßt. Vergl. Kerr 205.

schlag an Stelle von Mord angenommen werden. In dem bekannten Mignonette-Fall wurde wegen Mordes verurteilt, die Strafe aber in Gefängnis von sechs Monaten umgewandelt.[1])

2. Dagegen hat die deutsche Gesetzgebung gewisse Fälle, die in außerdeutschen Rechten bei den Tötungen ausdrücklich behandelt zu werden pflegen, weder an dieser Stelle, noch im allgemeinen Teil erwähnt. Es fragt sich, ob das von jenen gegebene Beispiel Nachahmung verdient.

Zweifellos scheint nur, daß die zuerst im c. pénal erwähnten Fälle[2]) der Anordnung durch das Gesetz oder des Befehls der zuständigen Obrigkeit einer ausdrücklichen Erwähnung im Strafgesetzbuche nicht bedürfen.

Beachtenswert ist dagegen die Erwähnung der surgical operations in dem englischen Entw. 1878 s. 124. Der Entwurf verlangt Zustimmung der operierten oder der dazu berechtigten Person; ist eine solche nicht vorhanden, so ist der Operierende gedeckt, wenn er „in gutem Glauben zum Besten des Patienten“ gehandelt hat. Eine gesetzliche Erledigung der hier anknüpfenden und endlos sich hinschleppenden Streitfragen würde wohl auch bei uns allseitig mit Freude begrüßt werden.

§ 3.

Das subjektive Merkmal.

I. Die Lehre vom dolus indirectus und die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang. II. Die Beziehung der Schuld auf den Tötungserfolg. III. Vorsatz und Fahrlässigkeit bei der Tötung. IV. Die durch den Erfolg qualifizierten Delikte.

Literatur: Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895; Wachenfeld, Die Begriffe von Mord und Totschlag sowie vorsätzliche Körperverletzung mit tödlichem Ausgang in der Gesetzgebung seit der Mitte des 18. Jahrhunderts, 1890. — Fulci, L'intenzione nei singoli reati, I. Bd. 1883 S. 127—136, 207—212 (mit der älteren italienischen Literatur und Rechtsprechung); Magnaghi, Art. 368 c. p. e i nuovi principi scientifici intorno all' omicidio preterintenzionale. Rivista penale XXXIII 346.

I. Der dolus indirectus und die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang.

Trotz all' der Streitfragen, die unsere heutige Schuldlehre zu einem der schwierigsten Gebiete der Strafrechtswissenschaft gestalten, besteht all-

[1]) Vergl. Entw. 1878 s. 115; nordamerikanischer Entwurf 1901 s. 266—268. Über den Mignonette-Fall ist zu vergl. Simonson Z. V 367 und dazu Z. V 560.

[2]) C. pénal 327: Weder Verbrechen noch Vergehen liegt vor, wenn Tötung, Verwundung oder Schläge „étaient ordonnés par la loi ou commandés par l'autorité légitime“. — Belgien hat die Bestimmung aufgenommen, aber richtiger in den allgemeinen Teil (Art. 70) gestellt. Sie findet sich auch in andern Gesetzgebungen dieses Quellenkreises. Der englische Entw. 1878 spricht ebenfalls s. 115 von der execution of lawful sentences. Der nordamerikanische Entw. 1901 nimmt homicide justifiable an, wenn Beamte in Ausübung ihres Amts (s. 266) oder Privatpersonen (s. 267) in Abwehr eines Angriffes auf Leib oder Leben oder Eigentum, bei Festnahme eines Menschen, der eine felony begangen hat, bei dem Versuch, einen riot zu unterdrücken oder den Frieden zu erhalten, eine Tötung begehen.

gemein Übereinstimmung darüber, daß bei jeder Straftat Vorsatz wie Fahrlässigkeit auf die sämtlichen Tatbestandsmerkmale und unter diesen ganz besonders auf den Erfolg bezogen werden. Mag man mit der sogenannten Vorstellungstheorie den Vorsatz als das „Kennen“ und die Fahrlässigkeit als das „Kennenmüssen“ der Tatbestandsmerkmale bestimmen, oder mag man von der Willenstheorie ausgehend zu abweichender Fassung gelangen: in dem einen wie in dem andern Fall steht es außer Zweifel, daß bei der vorsätzlichen Tötung der Vorsatz und bei der fahrlässigen Tötung die Fahrlässigkeit gerade auch den Eintritt des Todes mitumfaßt.

Damit ist aber zugleich gesagt, daß die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang, bei welcher der Vorsatz sich nur auf die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, nicht aber auf den Eintritt des Todes bezog, kein Fall der vorsätzlichen Tötung sein kann, und daß sie als fahrlässige Tötung nur insoweit erscheint, als Fahrlässigkeit in bezug auf den eingetretenen Erfolg vorhanden gewesen ist. Die tödliche Körperverletzung ist ein Fall der Körperverletzung und nicht der Tötung; sie ist daher in der Darstellung der Tötungen überhaupt nicht zu behandeln.

Das ist bekanntlich auch der Standpunkt nicht nur des geltenden deutschen Rechts, sondern auch der meisten neueren Strafgesetzgebungen; und es liegt nicht der geringste Grund vor, von diesem Standpunkte abzuweichen und zu der älteren Auffassung zurückzukehren, die in der tödlichen Körperverletzung einen Fall der Tötung erblickte.

Diese ältere Auffassung stand und fiel mit dem Begriff des dolus indirectus, der die gesamte gemeinrechtliche Lehre seit Carpzov beherrschte.[1])

Nach der gemeinrechtlichen Doktrin ist bei der einfachen vorsätzlichen Tötung, beim homicidium simplex, Tötungsvorsatz, animus occidendi, nicht erforderlich; es genügt, daß der Eintritt des Todes als wahrscheinlich oder doch als leicht möglich vorausgesehen worden ist oder vorausgesehen werden konnte.

Die Zahl der modernen Gesetzgebungen, die an dieser Auffassung bis zum heutigen Tage festgehalten haben, ist gering.

An erster Stelle ist Österreich zu nennen. Hier finden wir auch heute noch den dolus indirectus in dem Sinne, wie er von Böhmer und Nettelbladt-Gäntzer ausgebildet worden war. § 140 sagt: „Wird die Handlung, wodurch ein Mensch um das Leben kommt (§ 134), zwar nicht in der Absicht, ihn zu töten, aber doch in anderer feindseliger Absicht ausgeübt, so ist das Verbrechen ein Totschlag.“[2]) Es handelt sich dabei um eine besonders wichtige Anwendung der in § 1 scharf betonten allgemeinen Regel, nach welcher Vorsatz nicht bloß dann vorliegt, wenn das mit dem Verbrechen verbundene Übel „geradezu bedacht und beschlossen“ war, sondern auch dann, „wenn aus einer anderen bösen Absicht etwas unternommen oder

[1]) Es genügt hier wohl, auf die sorgfältigen Untersuchungen von Wachenfeld und Löffler zu verweisen.

[2]) Dazu Löffler 182.

unterlassen wurde, woraus das Übel, welches entstanden ist, gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann." Die Streitfragen, die sich in der österreichischen Literatur und Rechtsprechung an diese Bestimmung geknüpft haben und bis auf den heutigen Tag ungelöst fortbestehen, sprechen nicht zugunsten der Vorschrift.[1]) Die österreichischen Entwürfe haben daher auch mit Recht diesen Standpunkt aufgegeben.[2])

Auf die Auffassung des englischen Common law, das den Begriff des dolus indirectus bis zum Lächerlichen überspannt hat, wird später (s. unten § 5) näher einzugehen sein. Zu erwähnen sind ferner als Vertreter dieser veralteten Auffassung die Gesetzgebungen von Spanien und Portugal mit zahlreichen Tochterrechten, von Dänemark[3]), Schweden[4]) und das geltende russische Recht.[5]) Das russische StrGB. 1903 dagegen folgt der modernen Richtung.

Nirgends tritt die heillose Verwirrung, welche die Lehre vom dolus indirectus hervorgerufen hat, deutlicher zu tage als in dem italienischen StrGB. von 1889.

Das italienische Recht unterscheidet seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts (StrGB. für beide Sizilien 1819) innerhalb des omicidio doloso neben dem omicidio volontario als zweite Art den omicidio preterintenzionale; die preterintenzionalità stellt somit eine dritte, zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit gelegene Schuldform dar. Das sardinische StrGB. (1859) 241 hatte gar drei Begriffe unterschieden: 1. vorsätzliche Tötung, 2. Körperverletzung mit tödlichem Ausgang, wenn der Erfolg vom Täter leicht hätte vorausgesehen werden können; 3. omicidio preterintenzionale, wenn dies nicht der Fall war. Wieder andere Unterscheidungen hatte das toskanische StrGB. (1853) 311 aufgestellt, je nachdem der Eintritt des Todes probabile oder possibile war. Nach Carrara[6]), der das toskanische StrGB. scharf tadelt, liegt omicidio preterintenzionale vor, wenn der Täter 1. den animus laedendi (nicht occidendi) hatte; 2. den Tod nicht voraussah; aber 3. ihn hätte voraussehen können. Er findet diesen Begriff am besten ausgedrückt in § 140 des österr. StrGB. (oben S. 18).

Trotz all dieser Irrungen und Wirrungen hat auch das italienische StrGB. an dem veralteten Begriff festgehalten. Art. 368 bestimmt: „Wer durch Handlungen, die auf Begehung einer Körperverletzung gerichtet sind, den Tod eines Menschen verursacht, wird im Falle des Art. 364 mit Ein-

[1]) Während der Kassationshof mit Glaser und Lammasch die Bestimmung des § 1 objektiv auffaßt und typischen Kausalzusammenhang verlangt, ist nach Geyer, Wahlberg, Finger, Löffler subjektiv die Voraussehbarkeit des Erfolges erforderlich.

[2]) Löffler 190.

[3]) Art. 188, 189 (wenn der Täter den Erfolg als eine natürliche oder nicht unwahrscheinliche Folge seiner Tat vorausgesehen hat).

[4]) Kap. 14 § 4 (die vorbedachte Körperverletzung mit tödlichem Ausgang heißt Totschlag).

[5]) Art. 1458 (bei Vornahme von gesetzwidrigen Handlungen, die, wie der Schuldige weiß und voraussieht, eine andere Person notwendig einer Gefahr aussetzen).

[6]) §§ 1101—1109.

schließung von 12—18 Jahren, in den Fällen des Art. 365 mit Einschließung von 15—20 Jahren und in den Fällen des Art. 366 mit Einschließung von mindestens 20 Jahren bestraft."[1])

Über die Bedeutung dieser Bestimmung gehen die Meinungen in der italienischen Literatur weit auseinander. Die Relazione ministeriale von 1887 führt den omicidio preterintenzionale zurück auf den dolus indeterminatus, während Carrara ihn durch den dolus indirectus erklärt hatte; Crivellari spricht von einem Mittelding zwischen dolus und culpa; Impallomeni verlangt, wie es das sardinische StrGB. getan hatte, die nicht leichte Voraussehbarkeit des Erfolges; Alimena erklärt, daß es sich in Wahrheit gar nicht um einen milder bestraften Fall der Tötung, sondern um einen erschwerten Fall der Körperverletzung handle, wobei es gleichgültig sei, ob der Täter den Erfolg vorhergesehen hatte oder vorhersehen konnte.[2]) Die Auslegung Alimenas würde zu dem Standpunkt des geltenden deutschen Rechtes hinüberführen; sie findet aber im Gesetz ebensowenig wie in der geschichtlichen Entwicklung des italienischen Rechtes irgend eine Stütze, und die schweren Strafdrohungen des Art. 368 sprechen direkt gegen sie.

Welche Auffassung im übrigen die richtige ist, kann hier dahingestellt bleiben: unter allen Umständen aber bieten die endlosen Streitfragen, die Art. 368 des italienischen ganz ebenso wie § 140 des österreichischen StrGB. gezeitigt hat, ein für sich allein durchschlagendes Argument gegen die Auffassung der Körperverletzung mit tödlichem Ausgang als eines Falles der vorsätzlichen Tötung.

II. Die Beziehung der Schuld auf den Tötungserfolg.

Die Ausscheidung der tödlichen Körperverletzung aus den Tötungen ist in der deutschen Gesetzgebung zuerst durch den Gönnerschen Entwurf von 1822 angebahnt worden; ihm folgen im wesentlichen die bayrischen Entwürfe von 1827 und 1831.[3]) Die übrigen deutschen Gesetze und Entwürfe stehen (mit Ausnahme etwa von Hannover und Hessen-Darmstadt) auf dem Standpunkt des bayrischen StrGB. von 1813 und somit auf dem Boden des gemeinen Rechtes. Die preußischen Entwürfe schwanken. Sie lehnen sich teilweise, wie zuerst der Entw. 1827, an den Gönnerschen Entw. an, aber ohne die äußere Stellung der tödlichen Körperverletzung unter den Tötungsdelikten aufzuheben; teilweise, wie der Entw. 1833, bezeichnen sie den Fall ausdrücklich als Totschlag. Erst mit dem Entw. 1850 wird die Verbindung mit den Tötungen vollständig gelöst und die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang unter die Körperverletzungen gestellt. Aus dem preußischen StrGB. 1851 ging diese Auffassung unbestritten in das RStrGB. über.

---

[1]) Abs. 2 enthält die bereits oben § 2 II besprochenen Bestimmungen über die concausa.

[2]) Zanardelli, Relazione Nr. 144 (S. 290); Crivellari-Suman VII 740 und 822; Impallomeni 64—86; Alimena I 482.

[3]) Alles nähere siehe bei Wachenfeld.

Vorbildlich für diese Entwicklung war der Gang, den die Gesetzgebung in Frankreich genommen hat. Hier hatte, im Anschluß an das StrGB. von 1791, der c. pénal 295 bestimmt: „L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre." Die Praxis rechnete, der damals herrschenden Ansicht gemäß, auch die mit indirektem Vorsatz begangene Tötung, also die tödliche Körperverletzung, zum meurtre und verhängte die in Art. 304 angedrohte Strafe.

Durch das Gesetz vom 28. April 1832 wurde aber in Art. 309 der 4. Abs. eingefügt:

„Si les coups portés ou les blessures faites volontairement, mais sans intention de donner la mort, l'ont pourtant occasionnée, le coupable sera puni de la peine des travaux forcés à temps."

Damit war klar ausgesprochen, daß zum Begriff des meurtre die Tötungs„absicht", also der direkte Tötungsvorsatz, gehört, und daß die vorsätzliche Körperverletzung mit tödlichem Ausgang als Körperverletzung, nicht als Tötung zu behandeln und zu bestrafen ist.

Die französische Gesetzgebung steht daher bereits seit 1832 auf dem von dem preußischen wie heute von dem deutschen RStrGB. eingenommenen Standpunkt. Das gleiche gilt von Griechenland, von einer ganzen Reihe schweizerischer Kantone (Genf, Luzern, Bern, Zug, Basel, Solothurn, Neuenburg) und von den Entwürfen eines eidgenössischen Gesetzbuches[1]), von Finnland schon seit 1866[2]), von den Niederlanden, von Ungarn, Norwegen und Rußland (1903), endlich auch von den japanischen Entwürfen seit 1899. Man kann daher ohne Übertreibung von einem einheitlichen Rechtsbewußtsein in allen Kulturstaaten sprechen, die moderne Kodifikationen des Strafrechtes besitzen. Nur Italien bildet eine Ausnahme, die aber nicht geeignet ist, zur Nachahmung zu reizen.

Für den Vorschlag, auf die gemeinrechtliche Auffassung zurückzugreifen, müßten mithin schwerwiegende Gründe beigebracht werden. Diese sind auch von Wachenfeld, der am entschiedensten für jene Rückkehr eingetreten ist[3]), nicht beigebracht worden.

Die Berufung auf den Sprachgebrauch mag für Länder zutreffen, in welchen, wie in Österreich, seit langen Jahrzehnten die tödliche Körperverletzung im Gesetz als Totschlag bezeichnet wird. Für die Gebiete des deutschen Rechtes wäre dieser Hinweis verfehlt. Die Einführung der für uns neuen und ungewohnten Terminologie würde das Rechtsgefühl des Volkes zweifellos in Verwirrung bringen.

Wichtiger ist der Hinweis darauf, daß für die vorsätzliche Körperverletzung mit tödlichem Ausgang, wenn dieser Erfolg vom Täter vorausgesehen werden konnte, der allgemeine Strafrahmen der fahrlässigen Tötung

[1]) Stooß, Grundzüge II 37.
[2]) Forsmann, StG. II 324.
[3]) Ähnlich auch Meyer v. Schauensee, Zur Geschichte und Kritik des Stooßschen Entw. usw. 1897 S. 58.

nicht ausreiche, da ja die vorsätzliche Körperverletzung an sich, auch abgesehen von dem eingetretenen Erfolg, eine strafwürdige Handlung darstellt. Verfolgt man diesen Gedankengang weiter, so gelangt man zu dem Begriff der durch den (voraussehbaren) Erfolg qualifizierten Delikte. Dieser Begriff erfordert eine besondere Besprechung, in die unten (unter IV) eingetreten werden soll; er verlangt aber auch, wie ich glaube, eine allgemeine Regelung. Und selbst wenn man auf diese verzichten und für die tödliche Körperverletzung eine Sonderbestimmung treffen wollte[1]), würde sich das Delikt immer nur als qualifizierte Körperverletzung, niemals als leichter zu bestrafender Fall der Tötung darstellen.

Es muß also unbedingt bei dem Satz bleiben, daß das subjektive Moment bei den sämtlichen Tötungsdelikten in der Beziehung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit auf den Erfolg, d. h. auf den zu verursachenden Tod eines Menschen, besteht.

III. Die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit bei der Tötung.

1. Der Begriff des Vorsatzes weist in bezug auf die Tötungsdelikte keine Besonderheiten auf. Mit dem geltenden deutschen Recht wird daran festzuhalten sein, daß eine über den Vorsatz hinausreichende Tötungsabsicht, ein animus necandi, nicht erforderlich ist, daß also eventueller Vorsatz hier innerhalb derselben Grenzen wie bei allen übrigen Delikten ausreicht.

Die romanischen Rechte nehmen freilich teilweise einen abweichenden Standpunkt ein. So verlangt Frankreich seit 1832 und diesem folgend Belgien die „intention de donner la mort“. Auch Italien 364 hat die Wendung „a fine di uccidere.“ Die Folge dieser Fassung ist eine bedenkliche Verwirrung in der Literatur. Garçon schließt den dolus eventualis aus; er versteht aber darunter den Fall, daß der Täter den Erfolg hätte voraussehen können und sollen, einen Fall also, der nach unserer deutschen Auffassung unzweifelhaft nicht eventuellen Vorsatz, sondern Fahrlässigkeit darstellen würde. Garraud verlangt intention déterminée, schließt mithin den unbestimmten Vorsatz (dolus indeterminatus) aus; ebenso Pessina, der den animus necandi als volontà determinata bestimmt.[2])

Die übrigen Rechte bieten teilweise nur unsichere Ergebnisse.[3])

Daß für die Fälle der aberratio und des error in persona die allgemeinen Grundsätze auch auf die Tötung schlechtweg anzuwenden sind,

[1]) Für diese, m. E. nicht zu empfehlende, Behandlung bietet ein typisches Beispiel die in den Art. 71—74 des Schweizer Entw. wiederkehrende Wendung: „Stirbt der Verletzte an den Folgen und hat der Täter diesen Ausgang voraussehen können ...“ Über die damit übereinstimmende Auslegung des belgischen c. pénal 401 (Körperverletzung mit tödlichem Ausgang) durch die Praxis vergl. Nypels III 26.

[2]) Garraud IV 519 (Nr. 1579); Pessina II 3.

[3]) So Österreich 134 wegen der Zulassung des indirekten Vorsatzes. Niederlande 287 gebraucht das Wort opzettelijk, das aber wohl besser mit „vorsätzlich“ übersetzt wird (vergl. v. Hamel I 265, Simons I 146). Nach Goos I 56 soll dolus eventualis bei der Tötung nicht genügen.

bedarf für den deutschen Gesetzgeber keines besonderen Nachweises. Die außerdeutschen Rechte haben vielfach gerade bei den Tötungen diese Fälle besonders erwähnt, dabei aber zwischen Abirrung und Irrtum in der Person keinen Unterschied gemacht.[1] Der italienische Entw. Zanardelli hatte noch in Art. 358 eine besondere Bestimmung, die aber in das Gesetz nicht übergegangen ist. Daß der Irrtum in der Person ohne Einfluß auf die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz bleibt, wird in der außerdeutschen Wissenschaft und Rechtsprechung ganz allgemein angenommen.[2] Bezüglich der Abirrung vertritt die überwiegende Anzahl der heutigen deutschen Schriftsteller die Ansicht, daß die Zurechnung des eingetretenen Erfolges zum Vorsatz ausgeschlossen sei. In der außerdeutschen Literatur hat diese Ansicht nur ganz vereinzelte Zustimmung gefunden, so bei den österreichischen Kriminalisten und bei dem Belgier Nypels. Die meisten außerdeutschen Schriftsteller nehmen, wie die ältere deutsche Literatur[3], auch hier vorsätzliche Tötung an; so z. B. Carrara, Pessina, Alimena, Impallomeni, Haus, Garraud. Auch die französische und italienische Rechtsprechung steht auf diesem Standpunkt.

2. Über die fahrlässige Tötung wird unten in § 18 besonders gesprochen werden. Daß an der bisherigen deutschen Auffassung festzuhalten ist, bedarf keines weiteren Nachweises.

IV. Die durch den Erfolg qualifizierten Delikte.

Ob diese letzten Überbleibsel der alten Erfolgshaftung in einem künftigen deutschen StrGB. beizubehalten oder zu beseitigen seien, habe ich hier nicht zu untersuchen. Dennoch kann ich es nicht vermeiden, zu der Frage, wenn auch ohne Begründung, Stellung zu nehmen, da meine Ansicht für die weitere Behandlung der Tötungsdelikte nicht ohne Einfluß bleiben wird.

Ich gehe davon aus, daß die Herbeiführung des Todes oder einer schweren Körperverletzung durch eine an sich schon strafbare Handlung nur dann qualifizierend wirken kann, wenn der Täter den eingetretenen Erfolg hätte voraussehen können und sollen, wenn also in bezug auf den Erfolg Fahrlässigkeit des Täters gegeben war.[4]

Für die Durchführung dieses Gedankens ergeben sich zwei Wege.

---

[1] Man vergl. Österreich 134, Belgien 392, Genf 249, Portugal 352, Schweden 14 § 42, Rußland (geltendes Recht) 1456, die englischen Entwürfe 1878/79 usw.

[2] Vergl. statt aller anderen Garçon Art. 295 Note 72 und Alimena II 373. Garçon erwähnt den interessanten Fall der Vera Golo. Diese hatte auf den Prof. Deschanel vom Collège de France, den sie irrtümlich für einen andern hielt, mit Tötungsvorsatz geschossen; die Kugel traf ihre Freundin Zélenine, die an der Verletzung starb.

[3] Vergl. Goltdammer, Materialien II 372.

[4] Vergl. insbesondere die Verhandlungen der I. K. V. zu Petersburg 1902, Mitteilungen XII 108. Der mit großer Mehrheit angenommene Satz lautet: „Personne n'est punissable de ses actes que dans la mesure de celles qu'il a prévues ou pu prévoir.“ Ebenso Norwegen § 43 (auch Rußland 1903 und die österreichischen Entwürfe).

Es ist einmal möglich, bei den verschiedenen Delikten, durch die der Tod eines Menschen (oder eine schwere Körperverletzung) herbeigeführt werden kann, jeweils eine besondere Bestimmung für den Fall zu treffen, daß dieser Erfolg eingetreten ist. Das ist der Standpunkt unseres deutschen StrGB.

Die andere Möglichkeit besteht darin, eine allgemeine Bestimmung zu geben, die dann am besten dem Abschnitt über die Tötungen beigefügt oder aber in den allgemeinen Teil gestellt würde.

Ich halte den letzteren Weg für den richtigeren. Er führt zu einer wesentlichen Vereinfachung der Strafdrohungen und zugleich, was nicht minder wichtig ist, zu einer gleichmäßigen Behandlung aller Fälle. Schon Rosenfeld hat in seiner rechtsvergleichenden Darstellung der Tötungsdelikte darauf hingewiesen, daß eine ganze Reihe von Paragraphen unseres StrGB. für die durch den Erfolg qualifizierten Delikte denselben Strafrahmen (Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus) verwendet. Man vergl. die §§ 307, 312, 315, 322, 324; 178, 214, 229, 251. Dieser Hinweis muß den Gedanken an die Möglichkeit einer Zusammenfassung nahelegen. Ein lehrreiches Beispiel für eine solche einheitliche Regelung aller einschlagenden Fälle bietet Finnland 21 § 6 (wo freilich über das Erfordernis der Voraussehbarkeit des Erfolges nichts gesagt ist): „Wenn jemand ohne Mißhandlung und ohne die Absicht, zu töten, durch vorsätzliche Ausführung eines Verbrechens, welches das Leben oder die Gesundheit eines anderen mit offenbarer Gefahr bedroht, wie Fruchtabtreibung ohne Einwilligung der Mutter, Versetzen eines andern in hilflose Lage, Herbeiführung einer Überschwemmung oder eines Schiffbruches, Brandstiftung oder eine andere ähnliche Untat den Tod oder die schwere Körperverletzung eines anderen verursacht (I), oder ist bei Aufruhr, Auflauf, Notzucht, Raub oder einem andern ähnlichen mit Mißhandlungen verknüpften vorsätzlichen Verbrechen der Tod oder eine schwere Körperverletzung die Folge der Mißhandlung gewesen (II), so wird der Schuldige wie für ein Verbrechen, wenn der Tod erfolgte, mit Zuchthaus von 6—12 Jahren oder auf Lebenszeit, und wenn eine schwere Körperverletzung die Folge war, mit Zuchthaus von 4—12 Jahren bestraft."

Hält man die Aufstellung desselben Strafrahmens für sämtliche hierher gehörenden Fälle für bedenklich, so eröffnet sich die weitere Möglichkeit, durch eine allgemeine in den Abschnitt über die Tötungen zu stellende Bestimmung die Bildung eines kombinierten Strafrahmens anzuordnen, der durch Erhöhung des für das Grunddelikt angedrohten Strafrahmens nach einem einheitlichen Maßstabe zu bilden wäre.

Dieser kurze Hinweis auf meine grundsätzliche Auffassung dürfte es rechtfertigen, wenn ich in der folgenden Darstellung die durch den Tod eines Menschen qualifizierten Delikte nicht weiter in Betracht ziehe.

§ 4.

Die Arten der Tötung.

I. Die Spezialisierung der Tatbestände überhaupt. II. Die Spezialisierung der Tötungsdelikte. III. Die auszuscheidenden Fälle.

I. Die Spezialisierung der Tatbestände überhaupt.

Wer das Schwergewicht darauf legt, die Strafe nach Art und Maß der objektiven Schwere der Tat genau anzupassen, der muß zu dem Streben gelangen, die Zahl der Tatbestände möglichst zu vermehren, um durch Aufnahme oder Ausscheidung eines Artmerkmales die einzelnen Fälle voneinander zu sondern und ihre verschiedene Bestrafung zu sichern.

Ich halte diese Auffassung für grundverkehrt. Sie stellt an den Gesetzgeber eine Anforderung, die zu erfüllen er nicht imstande ist. Denn die Erscheinungen des Lebens werden immer vielgestaltiger sein als die vom Gesetzgeber aufgestellten Unterscheidungen. Und je größer die Kasuistik des Gesetzes, desto größer ist die Gefahr, daß dem einzelnen Fall Gewalt angetan und der eigentliche Wille des Gesetzes in sein Gegenteil verkehrt werde. Das Streben nach möglichst fein abgestuften Tatbeständen steht aber auch, und das darf nicht außer acht gelassen werden, im Widerspruch zu der Entwicklung, die die Strafgesetzgebung im Laufe der letzten Jahrzehnte genommen hat. Die umfangreichen Strafgesetzbücher mit den vielen hundert Paragraphen, mit ihren zahlreichen, bald schwerer, bald milder bestraften Unterarten des Gattungsdeliktes gehören, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen[1]), nicht der Gegenwart, sondern der Vergangenheit an. Knappe Kürze ist vielmehr das Ziel, das jeder moderne Gesetzgeber sich stellt und das daher der Gesetzgeber der Zukunft erst recht sich stellen muß.

Umgekehrt werden aber auch alle, die in der Strafe ein Schutzmittel zur Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Ordnung erblicken, eine gewisse Spezialisierung der Tatbestände ohne weiteres als unentbehrlich bezeichnen. Man denke sich einmal die Fassung: „Wer einen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe von einem Tage bis zu fünfzehn Jahren oder mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe oder mit dem Tode bestraft." Es ist klar, daß durch eine Bestimmung, die die Festsetzung der Strafe im Einzelfall dem schrankenlosen Ermessen, also der Willkür, des Richters völlig anheimstellt, die Rechtssicherheit des einzelnen Staatsbürgers und damit die Rechtsordnung selbst auf das schwerste gefährdet würde. Auch hier bewährt sich wieder der Satz, daß das Strafgesetz, d. h. eben die Abgrenzung der Tatbestände und damit die Abgrenzung des Strafübels nach Art und Maß, die wichtigste Schutzwehr des Verbrechers gegenüber der an sich allmächtigen Staatsgewalt darstellt. Ganz besonders wird es sich darum handeln, gewisse Tatbestände des Gattungsdeliktes auszuscheiden und ihnen gegenüber

[1]) Bolivia (1834) hat noch 695, Kolumbien (1890) 916, Rußland (bis 1866) gar 2224 Artikel.

ein Höchstmaß der Strafe nach Art und Maß gesetzlich festzulegen, das bei der Aburteilung des Einzelfalls unter keinen Umständen überschritten werden darf.

Mit dieser Hervorhebung einzelner, sei es leichter, sei es schwerer zu bestrafender Unterfälle aus dem Gattungsverbrechen ist, auch dem geltenden Recht gegenüber, eine wesentliche Vereinfachung des Gesetzes, eine Vermeidung überflüssiger und veralteter Kasuistik, durchaus vereinbar. Die wichtigste und freilich auch die schwierigste Aufgabe des Gesetzgebers wird gerade darin bestehen, hier die richtige Grenze zu finden.

Aber auch bei Anwendung der größten Vorsicht wird der Strafgesetzgeber es niemals ganz vermeiden können, daß die von ihm aufgestellten Unterscheidungen im Einzelfalle zu verkehrten, der Absicht des Gesetzes wie dem Rechtsgefühl des Volkes widerstrebenden Entscheidungen führen. Vor dieser Gefahr schützt nur das entschiedenste Festhalten an zwei sehr einfachen und naheliegenden, aber trotzdem nur zu häufig vergessenen Regeln der legislativen Technik.

1. Absolute Strafdrohungen sind unbedingt zu vermeiden. Es ist einfach unmöglich, einen Tatbestand so zu formulieren, daß für alle Einzelfälle, die unter ihn subsumiert werden müssen, auch wirklich einunddieselbe Strafe passend wäre. Das werden auch die Anhänger der vergeltenden Gerechtigkeit nicht in Abrede stellen können und wollen. Auch die absolute Androhung der Todesstrafe muß notwendig entweder zu einer Verletzung des Gesetzes, etwa zur Verneinung des Mordes trotz unzweifelhaften Vorliegens seiner gesetzlichen Merkmale, oder zu einer dem Buchstaben entsprechenden, aber das Rechtsgefühl empfindlich verletzenden Anwendung des Gesetzes führen.

2. Die Strafrahmen untereinander verwandter, aber vom Gesetzgeber in der Bestrafung unterschiedener Delikte müssen ineinander übergreifen, d. h. das Mindestmaß des schwerer bestraften Falles muß milder sein als das Höchstmaß des milder bestraften Falles. Nur so wird dem Richter die Möglichkeit gewährt, einen an sich milderen Fall, der die Merkmale des schwerer bedrohten Tatbestandes aufweist, auch wirklich milder zu bestrafen als einen an sich schwereren Fall, der unter den milder bedrohten Tatbestand subsumiert werden muß.

II. Die Spezialisierung der Tötungsdelikte.

Auch beim Gattungsdelikt der Tötung handelt es sich in erster Linie darum, ob nicht gewissen Fällen gegenüber die schwersten Strafen, namentlich Todesstrafe und lebenslängliches Zuchthaus, ausgeschlossen werden müssen. Wird die Frage bejaht, so müssen diese Fälle aus dem Gattungsdelikt herausgehoben und als selbständige Tatbestände unter besondere Strafen gestellt werden.

Sobald diese Frage aufgeworfen wird, drängt sich sofort der durchgreifende Unterschied zwischen fahrlässiger und vorsätzlicher Tötung auf. Die fahrlässige Tötung bleibt, mag man die Tat oder den Täter als

ausschlaggebend betrachten, an Schwere wie an Gemeingefährlichkeit durchschnittlich weit hinter der vorsätzlichen Tötung zurück. Ausnahmen sind zweifellos denkbar. Gewisse Fälle der fahrlässigen Tötung lassen eine viel schlimmere antisoziale Gesinnung des Täters erkennen als manche vorsätzliche Tötung. Aber dabei handelt es sich immer um Ausnahmen, und diesen kann durch das Prinzip der übergreifenden Strafrahmen genügend Rechnung getragen werden.

Die Entwicklung der modernen Gesetzgebung hat ferner dahin geführt, innerhalb der vorsätzlichen Tötung zwischen der gemeinen Tötung und den privilegierten Tötungsfällen zu unterscheiden. Die Sonderbestimmungen gegenüber der Kindestötung, gegenüber der Tötung des Einwilligenden oder Verlangenden, sowie gegenüber der Teilnahme am Selbstmord, treten uns in der Mehrzahl der heute geltenden Strafgesetzbücher entgegen. Die Frage wird genauerer Untersuchung bedürfen, ob diese Privilegierung gegenüber der gemeinen vorsätzlichen Tötung gerechtfertigt ist und in welcher Weise die verschiedenen Tatbestände voneinander abzugrenzen sind.

Es bleibt die gemeine vorsätzliche Tötung. Genügt für diese ein einheitlicher Strafrahmen, oder ist auch hier eine weitere Differenzierung wünschenswert?

Es ist ein überaus buntes Bild, das die Behandlung dieser Frage in der Gesetzgebung der verschiedenen Länder uns bietet. Aufgabe des zweiten und dritten Abschnittes dieser Abhandlung wird es sein, zu untersuchen, ob und inwieweit aus dem Gewirr widersprechender und sich kreuzender Bestimmungen einheitliche Grundgedanken herausgefunden werden können.

Zwei große Fragen stehen dabei zur Untersuchung.

1. Es handelt sich einmal um die Möglichkeit einer begrifflichen Unterscheidung innerhalb der gemeinen vorsätzlichen Tötung.

Hier muß zunächst ein flüchtiger Blick auf das englisch-amerikanische Recht geworfen werden (§ 5). Ohne jede Selbstüberhebung dürfen wir sagen, daß seine Normen eine durch die kontinental-europäische Gesetzgebung längst überwundene Entwicklungsstufe darstellen. In untergeordneten Punkten können wir vielleicht dies oder jenes aus dem englisch-amerikanischen Recht lernen; seine grundlegende Unterscheidung zwischen murder und manslaughter hat für uns nur historisches, um nicht zu sagen antiquarisches Interesse.

In einer großen Gruppe von Gesetzgebungen wird ferner das Merkmal der Überlegung oder des Vorbedachts (der Deliberation oder Praemeditation) dazu verwendet, um innerhalb der gemeinen vorsätzlichen Tötung zwei qualitativ verschiedene Arten, den Mord und den Totschlag, zu unterscheiden. Es handelt sich für unsere Darstellung nicht darum, diese Entwicklung zurückzuverfolgen in die Zeit des gemeinen Rechts oder bis zu den Schriften der mittelalterlichen Juristen. Es genügt, mit dem c. pénal von 1791 zu beginnen und mit dem am 1. Januar 1905 ins Leben getretenen norwegischen StrGB. zu schließen. Die Erfahrungen, die in den Ländern dieser Gruppe

gemacht worden sind, müssen kritisch geprüft und so für die Gesetzgebung nutzbar gemacht werden (§ 6).

Eine besondere Stellung beanspruchen die südromanischen Rechte, und unter ihnen namentlich Spanien mit seinen zahlreichen Tochterrechten und Italien, dessen Gesetzbuch an der Grenze zweier Epochen der Strafgesetzgebung steht (§ 7).

Am wertvollsten aber gestaltet sich wohl für die legislative Frage die Betrachtung der neuen Gesetzentwürfe, weil gerade in ihnen die jüngste Entwicklungsrichtung zum Ausdruck gelangt (§ 8).

2. Erst nachdem die Erörterung über die Möglichkeit einer begrifflichen Unterscheidung zum Abschluß gebracht ist (§ 9), kann die zweite große Frage, die nach der Abstufung der Bestrafung innerhalb des einheitlich gefaßten Begriffs, also einer bloß quantitativen Unterscheidung innerhalb der gemeinen vorsätzlichen Tötung, aufgeworfen und beantwortet werden (§§ 10—14). Nach einer Feststellung der leitenden Gesichtspunkte (§ 10) sind zunächst die schwerer (§ 11), dann die milder (§ 12) zu bestrafenden Fälle der gemeinen vorsätzlichen Tötung zu erörtern. An die Feststellung des gewonnenen Ergebnisses (§ 13) schließt sich die Besprechung der Strafbarkeit von Versuch und Teilnahme. Damit ist die Erörterung der gemeinen vorsätzlichen Tötung erschöpft.

III. Auszuscheidende Fälle.

Über die durch den Tötungserfolg qualifizierten Delikte ist bereits oben § 3 IV gesprochen worden. Sie finden in der folgenden Darstellung keinen Platz.

Auch die Tötung im Zweikampf muß aus der Betrachtung an dieser Stelle ausgeschieden werden. Die Gesetzgebungen, die den Zweikampf als selbständiges Delikt behandeln, bedrohen in diesem Zusammenhang auch die Tötung im Zweikampf mit milderer, meist auch andersartiger Strafe. Die Berechtigung dieser Auffassung habe ich nicht zu prüfen. Ist aus Anlaß eines Zweikampfes, unter Verletzung der vereinbarten oder hergebrachten Zweikampfregeln eine Tötung erfolgt, so bedarf es für diese gemeine Tötung einer besonderen Bestimmung nicht. Für diejenigen Gesetzgebungen aber, die ein besonderes Delikt des Zweikampfes nicht kennen, steht die Tötung im Zweikampf unter dem gemeinen Recht. Die Anpassung der Strafe an den Einzelfall muß dann innerhalb des für die gemeine Tötung aufgestellten Strafrahmens erfolgen, soweit sich nicht etwa aus allgemeinen Grundsätzen die Straflosigkeit oder geringere Strafbarkeit der Tat ergeben sollte.[1]) So ist, wie allgemein angenommen zu werden scheint, nach dem norwegischen Gesetzbuch die Tötung im Zweikampf unter die Bestimmung des § 235 zu subsumieren.[2])

[1]) Auf die vielbesprochene Streitfrage des französischen Rechts kann ich hier nicht eingehen. Vergl. Chauveau-Helie Nr. 1246—1281. Ich halte die französische Rechtsprechung seit 1837 für richtig.

[2]) Vergl. die Motive zum Entw. 1893 S. 77, zum Entw. 1896 S. 218 sowie Hagerup in seiner Textausgabe zu § 235, der aber hier den 2. Abs. dieses § (s. unten § 16 S. 129) zur Anwendung bringen will.

Und wo die Todesstrafe als absolute Strafe auf den Mord gesetzt ist, muß die Tötung im Zweikampf mit dem Tode bestraft werden.[1])

Dasselbe gilt aber auch von der Tötung im Raufhandel. Soweit dieser als selbständiges Delikt behandelt wird wie nach dem deutschen, ungarischen und niederländischen Recht sowie nach dem neuen russischen StrGB., ebensoweit schließt er auch die während der Schlägerei oder des von mehreren gemachten Angriffs erfolgte Tötung in sich. Soweit die Gesetzbücher aber besondere Bestimmungen über Raufhandel nicht kennen, wie die von Frankreich und Belgien, müssen die allgemeinen Grundsätze über vorsätzliche und fahrlässige Tötung zur Anwendung gebracht werden. Auch auf die Tötung im Raufhandel wird demnach die folgende Darstellung nicht zurückkommen.

[1]) So nach englisch-amerikanischem Recht; vergl. Wharton § 482. Daß murder im ersten Grad vorliegt, sagen die Statuten von Michigan ausdrücklich. Dagegen will Mayne § 423 die Bestimmungen des indischen StrGB. über Tötung des Einwilligenden (unten § 16) auch auf die Tötung im Zweikampf zur Anwendung bringen.

2. Abschnitt.

Die gemeine vorsätzliche Tötung: die begriffliche Unterscheidung von Mord und Totschlag.

Literatur.

Stübel, Über den Tatbestand der Verbrechen, 1805; Eger, Über Mord und Totschlag, 1816; Mittermaier, Die Lehre von dem Mord und Totschlag nach dem Preußischen Strafgesetzbuch verglichen mit den Bestimmungen anderer Gesetzgebungen und geprüft nach den Forderungen der Gerechtigkeit, GA. II 141, 285; John, Die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Mord und Totschlag, Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung 1866 S. 321; Derselbe, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, 1868 S. 43, 428; Glaser, Zur Geschichte der Abgrenzung der Begriffe Mord und Totschlag im österreichischen Strafrecht, Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozeß, 2. Aufl. 1883 S. 169—183 (zuerst in der Allgemeinen Österreichischen Gerichtszeitung 1879 erschienen); Schwarze, Über den Tatbestand des Mordes gegenüber dem des Totschlages, GA. XIX 722; Binding, Normen II 507; v. Holtzendorff, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, 1875; Derselbe, Die Psychologie des Mordes, 1875; Allfeld, Die Entwicklung des Begriffes Mord bis zur Carolina, 1877; John, GA. XXV 393; Wachenfeld, Die Überlegung in unserm heutigen Mordbegriff, 1887. Zit. Wachenfeld 1887; Derselbe, Die Begriffe von Mord und Totschlag sowie von vorsätzlicher Körperverletzung mit tödlichem Ausgang in der Gesetzgebung seit der Mitte des 18. Jahrhunderts, 1890. Zit. Wachenfeld ohne Zusatz; Nadig, Die vorsätzlichen Tötungsdelikte nach Artikel 52 des Stooßschen Vorentwurfes zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, 1902; Merzbach, Der Mord und seine Behandlung nach geltendem deutschen Recht, 1903.

Legrand, De la préméditation, Thèse, Paris 1898; Haus, Principes généraux de droit pénal, 3. Aufl. 1879 Nr. 360ff. (über préméditation); Tarde, Philosophie pénale, 5. Aufl. 1900 S. 465—471; A. W. Thoene, Bydrage tot de geschiedenis van het onderscheidingskenmerk tuschen moord en doodslag, Leidner Diss. 1873; Quintus, Het onderscheid tuschen moord en doodslag, Groningensche Diss. 1892; Bennati, Studi intorno alla premeditazione, 1872; Garofalo, La criminologie, 4. Aufl. 1895 S. 404—408; Fulci, L'intenzione nei singoli reati, Bd. I 1883 S. 167—187; Alimena, La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto e alla legislazione comparata, 1887. Zit. „Alimena premeditazione"; Impallomeni, Il carattere dei moventi nell' omicidio premeditato, 1888. Zit. „Impallomeni moventi"; Alimena, I limiti e i modificatori dell' imputabilità, 1894 ff. Zit. Alimena ohne Zusatz.

§ 5.

Das englisch-amerikanische Recht.

I. Die Unterscheidung von murder und manslaughter im englischen common law. II. Die Fortbildung der Unterscheidung im Gebiete des englischen Rechts. III. Das amerikanische Statutarrecht.

I. Die Unterscheidung von murder und manslaughter im englischen common law.

Es ist überaus bezeichnend für die Flüchtigkeit, mit der der Verfasser des ersten norddeutschen Entwurfes gearbeitet hat, daß er, um die auf das Merkmal der Überlegung gestützte Unterscheidung von Mord und Totschlag zu rechtfertigen, sich auch auf das englisch-amerikanische Recht beruft.

In Wahrheit steht das englische common law in der Behandlung der vorsätzlichen gemeinen Tötung auf einer Entwicklungsstufe, die sowohl der französische c. pénal als auch das preußische StrGB. längst überwunden hatten. Es bleibt sogar zurück hinter der Unterscheidung, die bereits durch die PGO. angebahnt und durch die deutsche Landesgesetzgebung des 17. und 18. Jahrhunderts durchgeführt worden war.

Allerdings bildet die malice aforethought (in den älteren Quellen als malitia excogitata oder praecogitata bezeichnet) das Unterscheidungsmerkmal von murder und manslaughter; sie zieht die Grenzlinie zwischen denjenigen Fällen, die in der Vollendung mit der Todesstrafe, im Stadium des Versuches mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht sind, und der zweiten Gruppe von Tötungen, für welche der Richter auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren oder auf Gefängnis bis zu zwei Jahren oder auf eine Geldstrafe (fine) nach freiem Ermessen erkennen kann.[1]) Aber malice aforethought ist erstens nicht Überlegung und nicht Vorbedacht.[2]) Wie Stephen ausdrücklich hervorhebt, kann sie vorliegen, auch „where the act is unpremeditated“; das aforethought ist nicht gleichbedeutend mit long forethought.

Und was noch viel wichtiger ist: malice aforethought ist gar nicht Tötungsvorsatz und kann schon darum nicht überlegter Tötungsvorsatz sein. Sie ist vielmehr der pravus animus, die schlimme, rechtswidrige Gesinnung, „the heart regardles of duty and fatally bent on mischief“ (Kerr); „a general malignity of heart“ (Russel). Es handelt sich also um „a mere arbitrary symbol“ (Kenny), um das versari in re illicita; mit einem Wort: um den dolus indirectus in schrankenlosester Ausdehnung. Wer auf irgend eine schwerere Rechtsverletzung, eine felony, ausgeht und bei dieser Gelegenheit den Tod eines Menschen zufällig verursacht, hat einen Mord begangen („constructive“ oder „implied“ malice). Dabei ist es nicht einmal notwendig, daß die unternommene Handlung von solcher Beschaffenheit ist, daß sie den Tod eines Menschen leicht nach sich ziehen kann. Bekannt sind die Beispiele, die durch alle Lehrbücher des englischen Rechts hindurchgehen: A schießt auf ein fremdes Haushuhn (poultry); der Schuß tötet zufälligerweise den B; A ist Mörder. A wird von einem Polizisten verfolgt, der ihn verhaften will; er gibt dem Verfolger einen Stoß, der dessen Tod zur Folge hat: A ist Mörder. Vergebens hat sich die neuere Literatur gegen diese maßlose Ausdehnung des Mordbegriffs ausgesprochen[3]); die englischen wie auch die amerikanischen Gerichte halten an ihr fest. Noch im Jahre

[1]) Stephen, History III 23—78.

[2]) Vergl. die ausführliche Erörterung über malice und intent bei Wharton, §§ 106—124, Stephen Art. 244, Kerr 67, 69, Russel 139, Kenny 132.

[3]) Kenny 136, Wharton § 320.

1901 sind zwei Verurteilungen zu Todesstrafe in ganz ähnlichen Fällen vorgekommen, und die Begnadigung mußte eingreifen, um die Kluft zwischen dem starren Recht und dem Rechtsbewußtsein des Volkes auszufüllen.

Nach Schuster[1]), der die englischen Anschauungen sehr hübsch zusammengefaßt hat, liegt Mord vor:

1. bei vorsätzlicher Tötung und vorsätzlicher Körperverletzung mit tödlichem Ausgang, vorausgesetzt, daß der Täter nicht durch eine Mißhandlung oder schwere Beleidigung zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden ist;

2. wenn der Tod durch eine Handlung verursacht wurde, deren Zweck es war, eine felony zu begehen oder einem Beamten in Kenntnis seiner amtlichen Eigenschaft bei der Verhaftung oder bei der Bewachung von Gefangenen oder bei der Friedensbewahrung gewaltsamen Widerstand zu leisten, soweit nicht auch hier gerechter Zorn vorliegt.

Mord ist mithin auch dann gegeben, wenn weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit in Beziehung auf den eingetretenen Tod vorhanden gewesen ist. Damit ist wohl unwiderleglich nachgewiesen, daß malice aforethought mit überlegtem Tötungsvorsatz nicht identisch ist.

Der Begriff des manslaughter umfaßt zwei ganz verschiedene Fälle: einmal die vorsätzliche Tötung auf Provokation; dann die zufällige Tötung durch eine rechtswidrige, aber keine felony enthaltende Handlung. Auf die erstere komme ich unten § 12 II zurück; die letztere überschreitet ebenfalls die Grenzen des Begriffs der vorsätzlichen Tötung. Da die malice aforethought präsumiert wird, muß das Vorliegen eines Totschlages von dem Angeklagten nachgewiesen werden; murder ist mithin der Regelfall, manslaughter der milder bestrafte Ausnahmefall.

Daß die Unterscheidung des englischen common law für den modernen Gesetzgeber völlig wertlos ist, wird nach dem Gesagten wohl nicht bestritten werden können.

II. Die Weiterbildung der Unterscheidung im Gebiete des englischen Rechts.

Das ostindische StrGB. (1860) 199 hat den Begriff der malice aforethought aufgegeben[2]), hält aber im übrigen an der englischen Auffassung fest. Murder liegt vor, wenn jemand den Tod eines Menschen durch eine Handlung herbeiführt, die darauf gerichtet ist, einen anderen zu töten oder körperlich so zu verletzen, daß die Verletzung den Tod voraussichtlich zur Folge haben wird; oder wenn er den Tod durch eine Handlung herbeiführt, von der er weiß, daß sie wahrscheinlich den Tod zur Folge haben werde.[3]) Auch hier ist also der dolus indirectus beibehalten, aber im Sinne des gemeindeutschen Rechtes eingeschränkt. Immerhin kann auch nach dieser Bestimmung die fahrlässige Tötung als Mord bestraft werden.

[1]) StG. I 469.
[2]) Phillips, StG. II 246.
[3]) Ähnlich Canada 1892; vergl. Buresch, StG. II 276.

Die englische OPA. (Offences against persons act 1861) 24/25 Vict. c. 100 gibt keine Begriffsbestimmung von Mord und Totschlag, läßt es also bei dem bisherigen Zustand und behält auch die bisherigen Strafen bei. Und als J. F. Stephen 1874 im Unterhaus einen ausführlichen Gesetzentwurf einbrachte, durch welchen die Bestimmung des indischen StrGB. auch in das Recht des englischen Mutterlandes eingeführt werden sollte, wurde seinem Vorschlag die Zustimmung des Hauses versagt.

Die englischen Entwürfe von 1878—1880 sind von besonderer Wichtigkeit, weil sie am besten sowohl die allgemeine Richtung, in der sich die weitere Entwicklung des englischen Rechts bewegen dürfte, als auch die Schwierigkeiten erkennen lassen, die sich dieser Entwicklung entgegenstellen.

Die allgemeine Richtung ist durch das indische StrGB. vorgezeichnet. Der Begriff der malice aforethought wird aufgegeben, der Begriff des Mordes enger umschrieben, der Totschlag nach wie vor durch das positive Merkmal der Provokation bestimmt.

Nach s. 134 des Entw. 1878 liegt murder vor:

„1. Wenn der Täter die Absicht gehabt hat, zu töten oder eine schwere körperliche Beschädigung zuzufügen, mag die wirklich getötete Person diejenige sein, gegen die sich der Vorsatz richtete, oder eine andere;

2. wenn er mit dem Wissen gehandelt hat, daß die Handlung oder pflichtwidrige Unterlassung, die den Tod verursacht hat, wahrscheinlich den Tod oder die schwere Körperverletzung einer Person verursachen werde, mag diese Person die wirklich getötete sein oder nicht, und mag das Wissen begleitet sein von der Gleichgültigkeit, ob Tod oder schwere Körperverletzung entsteht, oder von dem Wunsch, daß das nicht geschehen möge."

Die beiden Entwürfe 1879 stehen im wesentlichen auf demselben Standpunkt, zeigen aber nicht nur das Bestreben, den Mordbegriff weiter einzuengen, sondern zugleich eine bedenkliche Hinneigung zu den amerikanischen Statutarrechten (unten unter III) und damit zur Kasuistik.

Nach s. 174 liegt murder vor, wenn der Täter in Tötungsabsicht oder wenn er in Körperverletzungsabsicht, aber mit dem Bewußtsein, daß der Tod leicht erfolgen könne und mit Gleichgültigkeit gegenüber diesem Erfolg, gehandelt hat. S. 175 nimmt aber auch ohne diese Voraussetzung Mord für den Fall an, daß jemand absichtlich eine schwere Körperverletzung (grievous bodily harm) einem andern zufügt, um die Begehung eines der aufgezählten schweren Verbrechen oder um die Flucht des Täters nach vollendeter oder versuchter Begehung zu erleichtern, und durch diese Verletzung den Tod verursacht. Genannt werden als solche schwere Verbrechen unter andern: treason, piracy; Befreiung eines Gefangenen, Widerstand gegen rechtmäßige Festnahme; Mord, Notzucht (rape), gewaltsame Entführung, Raub (robbery), nächtlicher Einbruch (burglary), Brandstiftung (arson).

Ungleich näher kommt der kontinentalen Auffassung der Entwurf von 1880, der als „Criminal Code (Nr. 2) Bill" bezeichnet ist. Nach s. 508

wird wegen murder mit dem Tode bestraft, wer absichtlich (intentionelly) durch irgend eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung den Tod eines Menschen verursacht, wenn er zur Zeit der Tat die ausdrückliche, überlegt gebildete Absicht („express intention, formed deliberately") hatte, rechtswidrig den Tod, sei es der getöteten Person, sei es irgend einer anderen Person herbeizuführen. Totschlag liegt dagegen vor: 1. Wenn die beabsichtigte Tötung durch Provokation hervorgerufen und 2. wenn der Tod eines Menschen ohne Tötungsabsicht durch irgend eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung verursacht wurde.

Die Entwürfe haben bekanntlich nicht zum Ziele geführt. Auch die seither gemachten Versuche, durch einzelne Gesetze die Materie der Tötungsdelikte weiterzubilden, sind gescheitert. Das gilt zunächst von der Capital Punishment Bill von 1882, durch welche die den amerikanischen Statutarrechten geläufige Unterscheidung in murder ersten und zweiten Grades durchgeführt und damit das Anwendungsgebiet der Todesstrafe für Mord eingeschränkt werden sollte. Der Entwurf wurde trotz des Widerspruches des Attorney-General (Sir Henry James) in 2. Lesung angenommen, aber nicht weiter verfolgt.[1]) Dasselbe Schicksal hatte die 1899 eingebrachte Bill, durch welche die Annahme einer „constructive or implied malice," lediglich weil der Tod bei der Begehung einer felony verursacht worden ist, künftighin ausgeschlossen werden sollte.

Ganz eigenartig ist die Weiterbildung der englischen Auffassung in der jüngsten mir bekannt gewordenen Kodifikation des englischen Rechts, nämlich in dem Sudan Penal Code 1899 (Gezeichnet Kitchener of Khartoum).[2]) Mord liegt vor (Art. 227), wenn der Täter die Absicht zu töten hatte, oder wenn er gewußt hatte oder wissen mußte (if the doer of the act knew or had reason to know), daß seine Handlung wahrscheinlich (probably) den Tod zur Folge haben werde. Hat er dagegen gewußt oder wissen müssen, daß der Tod nur möglicherweise (likely) aus der Handlung hervorgehen werde, so liegt nur culpable homicide vor. Durch Provokation wird der Begriff des Mordes stets ausgeschlossen. Die Strafe des Mordes ist nach Art. 230 der Tod oder Gefängnis auf Lebenszeit; absolut ist die Todesstrafe (Art. 231) nur dann angedroht, wenn der Täter bereits zu lebenslangem Gefängnis verurteilt war. Die fahrlässige Tötung ist in § 233 scharf von der vorsätzlichen getrennt.

III. Das amerikanische Statutarrecht.

Das Recht der Vereinigten Staaten Amerikas ruht auch in der Behandlung der gemeinen vorsätzlichen Tötung auf dem englischen common law. Aber das Bestreben, die ausgedehnte Anwendung, die die Todesstrafe in dem englischen Rechte findet, einzuschränken, ein Bestreben, das seit der Unabhängigkeitserklärung der ehemals englischen Kolonien nach den verschiedensten Richtungen hin sich geltend machte, hat dazu geführt,

[1]) Vergl. Z. III 206, IV 126.
[2]) Vergl. über dieses StrGB. Brunet, Revue pénitentiaire XXVI 547.

daß durch die Statuten der meisten Staaten, zuerst in Pennsylvanien, Grade des Mordes unterschieden und die Todesstrafe nur auf murder in the first degree angedroht wurde.[1]) Damit ist jedoch an dem gemeinrechtlichen Begriff des murder selbst nichts geändert.

In der Abgrenzung der beiden Grade weisen die Statutarrechte der verschiedenen Staaten, trotz mancher Abweichung im einzelnen, gemeinsame Grundzüge auf, deren Harmonie freilich durch die abweichende Rechtsprechung der Gerichtshöfe nicht unerheblich getrübt wird. Regelmäßig werden innerhalb des ersten Grades des Mordes zwei Fälle unterschieden:

1. Mord im ersten Grad liegt vor, wenn der Täter mit wohlerwogenem und überlegtem Vorsatz den Tod eines anderen herbeigeführt hat.[2]) Die beiden Merkmale deliberation und premeditation, Überlegung und Vorbedacht, werden mithin miteinander verbunden. Insoweit nähern sich die Vereinigten Staaten, abweichend von dem englischen common law, der französisch-deutschen Auffassung.

2. Mord im ersten Grad liegt aber auch dann vor, wenn die Tötung ohne Vorbedacht und Überlegung, ja selbst ohne Tötungsvorsatz überhaupt, begangen wurde bei Ausführung gewisser schwerer Delikte. Als solche werden meist genannt: rape, arson, burglary, robbery. Damit ist der Satz des englischen common law, daß die durch den Tötungserfolg qualifizierte felony in allen Fällen als Mord zu bestrafen sei, zwar beibehalten, aber wesentlich eingeengt.[3])

Mord im zweiten Grade, mit lebenslänglicher Einsperrung bedroht, sind die übrigen Fälle der Tötung, während der Begriff des Totschlags negativ durch den Mangel des Vorsatzes, positiv durch den gerechten Zorn (die Provokation) abgegrenzt wird.

Dem Stande der Gesetzgebung in den einzelnen Staaten entspricht auch die Bundesgesetzgebung. Sie ist bekanntlich maßgebend nur für Verbrechen, die auf hoher See, in den zu keinem Staat gehörenden Territorien und in dem Bundesland innerhalb der Grenzen eines Bundesstaates begangen

[1]) Zusammenstellung der in den verschiedenen Staaten geltenden Rechtssätze bei Bosco, L'omicidio negli Stati Uniti d'America, Appendice (sehr übersichtlich); Kerr 99, 108, 120. Vergl. Bishop, Statutary crimes §§ 465—477. In einzelnen Rechten werden noch weitere Grade unterschieden (Neumexiko hat deren fünf); darauf kann hier nicht eingegangen werden.

[2]) „Wilful deliberate and premeditated killing" sagen schon die Statuten von Pennsylvanien. Vergl. auch New York 183.

[3]) Wesentlich weiter freilich New York 183, das sich viel enger an das englische Vorbild anschließt: Mord im ersten Grade liegt vor, wenn der Tod herbeigeführt ist „durch eine Handlung, welche unmittelbar für andere gefährlich ist und einen verdorbenen Sinn, der keine Rücksicht auf menschliches Leben nimmt, dartut, wenn auch ohne überlegten Vorsatz oder wenn auch ohne den Vorsatz, den Tod herbeizuführen, von einer Person, die eine felony oder einen Versuch derselben begeht, mag diese gegen die getötete Person gerichtet sein oder dieselbe berühren oder auch nicht." — Durch den 1897 eingefügten § 183a wird der Begriff des Mordes im ersten Grade ausgedehnt auf Tötung durch vorsätzliche Störung des Eisenbahnbetriebs.

werden und daher nicht von den Gerichten der einzelnen Staaten nach dem in diesen geltenden Recht, sondern von den United States Courts nach Bundesrecht abzuurteilen sind. Die ursprünglichen Federal Statutes sind durch spätere Kongreßbeschlüsse vielfach abgeändert worden; diese finden sich in den Revised Statutes von 1873 und 1878 zusammengestellt, während die späteren Änderungen aus den Jahresberichten entnommen werden müssen.

Auf dieser Grundlage ist der Entwurf eines Bundes-StrGB. für die Vereinigten Staaten entstanden, der im Jahre 1901 mit einem einleitenden Report veröffentlicht wurde. Der Entwurf behandelt die Tötungsdelikte mit besonderer Ausführlichkeit und ist als Ausdruck der modernen amerikanischen Anschauungen von Wichtigkeit. Auch der Bundesentwurf unterscheidet zwei Grade des Mordes. Mord im ersten Grade liegt in den beiden oben S. 35 angegebenen Fällen der Statutarrechte vor (s. 269). Der Entwurf stellt aber, wie New York seit 1897, neben diese beiden Fälle noch einen dritten: „Die Herbeiführung des Todes eines Menschen durch die absichtliche Gefährdung des Betriebes einer Eisenbahn oder einer Straßenbahn". Die Strafe ist der Tod. Doch können (nach s. 449) die Geschworenen dem Schuldspruch die Worte zufügen: „ohne Todesstrafe"; dann tritt lebenslängliche Einsperrung mit harter Arbeit ein.[1]) Mord im zweiten Grade ist die purposely and maliciously ausgeführte Tötung ohne die angeführten Merkmale.

Interessant ist die Erweiterung, die der Begriff des Totschlages gegenüber den Revised Statutes von 1873 in dem Entwurf erfahren hat. Eine ganze Reihe von Fällen fahrlässiger Tötung wird als Totschlag ausdrücklich bezeichnet und mit Gefängnis von 1 bis zu 20 Jahren bestraft; so die Verursachung des Todes eines Menschen durch Nachlässigkeit bei der Führung eines Schiffes, bei der Bedienung von Maschinen, bei Haltung eines Tieres, durch betrunkene Ärzte (s. 273—276).

Das Ergebnis dieser Betrachtung des englisch-amerikanischen Rechtes ist durchaus negativ. Das englische common law ist absolut unbrauchbar; die englische Gesetzgebung hat gerade auf dem Gebiete der Tötungsdelikte vollständig versagt. In den Vereinigten Staaten zeigt sich eine Entwicklung in der Richtung auf den Standpunkt, den die französische und die deutsche Gesetzgebung seit langen Jahrzehnten einnehmen. Für die Entwicklungsgeschichte der Strafgesetzgebung, für den Rechtshistoriker, ist das englisch-amerikanische Recht von größtem Interesse: dem Gesetzgeber der Zukunft vermag es so gut wie gar nichts zu bieten.

[1]) Diese Beseitigung der absolut angedrohten Todesstrafe beruht auf der Curtis act vom 15. Januar 1897, ist also bereits geltendes Recht. Sie findet sich auch in verschiedenen Einzelstaaten und ist zuletzt in New Hampshire durch Gesetz vom 2. April 1903 eingeführt worden.

§ 6.

Die französisch-deutsche Gruppe: Die Überlegung als Unterscheidungsmerkmal von Mord und Totschlag.

I. Der Code pénal von 1810 und die verwandten Rechte. II. Die deutsche Landesgesetzgebung. III. Das Reichsstrafgesetzbuch. IV. Ungarn und die Niederlande. V. Die skandinavischen Rechte und Finnland.

Die Verwendung des Merkmals des Vorbedachts (Prämeditation) oder der Überlegung (Deliberation), um innerhalb der gemeinen vorsätzlichen Tötung den schwereren Fall des Mordes (assassinat) von dem leichteren Fall des Totschlags (meurtre) zu unterscheiden, führt bekanntlich einerseits auf das französische Recht, andererseits auf das bayrische StrGB. von 1813 zurück. Nach der sorgfältigen und eindringenden Untersuchung von Wachenfeld genügt es an dieser Stelle, den Entwicklungsgang in seinen allgemeinsten Umrissen ins Gedächtnis zurückzurufen.

I. Das französische Recht.

Schon der c. pénal von 1791 hatte innerhalb der vorsätzlichen Tötung (homicide commis volontairement) den meurtre, begangen sans préméditation und den assassinat, begangen avec préméditation unterschieden. Dieser Unterscheidung schloß sich der c. pénal von 1810 mit seinen fast über die ganze bewohnte Erde verbreiteten Bestimmungen im wesentlichen an. Sie lauten:

Art. 295. L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre.

Art. 296. Tout meurtre commis avec préméditation ou guet-apens est qualifié assassinat.

Art. 297. La préméditation consiste dans le dessein formé, avant l'action, d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition.

Art. 298. Le guet-apens consiste à attendre plus ou moins de temps, dans un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violence.

An diesen Paragraphen ist manche Einzelheit getadelt worden. So hat die Begriffsbestimmung der Prämeditation durch Art. 297 in der außerfranzösischen Strafgesetzgebung wenig Beifall gefunden. Aufgenommen haben sie die älteren italienischen Gesetzbücher mit Einschluß von Sardinien 1859, verschiedene Schweizer Kantone, Portugal 352 und einzelne südamerikanische Rechte; ferner noch Rumänien 227, die Türkei 169.

Garraud[1]) hält die Bestimmung des Art. 297 für verfehlt. Sie betone ausschließlich das zeitliche Moment; zum Begriff der Prämeditation gehöre aber außer diesem intervalle de temps noch das psychische Moment der ruhigen Überlegung (calme de l'âme).

[1]) Garraud IV 570 (Nr. 1614—1623).

Auch die ausdrückliche Erwähnung des guet-apens war häufig Gegenstand kritischer Angriffe. Meist behauptete man, daß Hinterhalt ohne Überlegung nicht denkbar, seine besondere Hervorhebung daher überflüssig sei.[1]) Neuerdings hat Garçon versucht, diese Einwände zu entkräften.

In der Anwendung des c. pénal ist insbesondere die Frage streitig geworden, ob die Prämeditation ein konstitutives Merkmal des Tatbestandes oder ein höchst persönlicher Schärfungsumstand sei. Garraud[2]) behauptet das letztere; die französische Rechtsprechung bestraft dagegen die Teilnehmer an einer Tötung immer, aber auch nur dann wegen Mord, wenn die Überlegung beim Täter vorhanden war, mag sie auch beim Teilnehmer gefehlt haben.

Trotz dieser Bedenken und Zweifel ist die französische Unterscheidung, teils unmittelbar, teils durch Vermittlung der deutschen Partikularrechte, in eine ganze Reihe von Gesetzgebungen übergegangen. Eine kurze Übersicht mag genügen, um diesen Siegeslauf anschaulich zu machen. 1. Wir finden die Unterscheidung selbstverständlich in denjenigen Gesetzbüchern, die sich überhaupt der Führung des c. pénal mehr oder weniger kritiklos anvertraut haben, wie Belgien, Rumänien, Monako, Luxemburg, Türkei, Ägypten (Code mixte), Japan. 2. Es gehören ferner hierher die älteren italienischen Gesetzbücher, so Sizilien 1809, Parma 1820, Sardinien 1838, Toskana 1853. 3. Eine ganze Reihe von Schweizer Kantonen steht unter dem Einfluß des c. pénal. So Aargau, Appenzell, Basel, Bern, Sankt Gallen, Genf, Glarus, Graubünden, Luzern, Neuenburg, Obwalden, Schaffhausen, Solothurn, Tessin, Wallis, Zug. 4. Es seien endlich noch erwähnt: Griechenland 288, 293, Serbien 155, 156, Bulgarien 247, Rußland (1866) 1454, Portugal 352, Argentinien 208, Bolivia 479, 480, Paraguay 196, 197.

Es ist begreiflich, daß unter diesen Umständen die große Mehrzahl der französischen Schriftsteller auch noch in unseren Tagen kritischen Bedenken gegen die Unterscheidung keinen Raum gibt. Anders Tarde, der auch in dieser Frage sich den freien wissenschaftlichen Blick bewahrt hat. Er verwirft das Merkmal der Überlegung als Unterscheidungsmerkmal und verlangt, daß in erster Linie das Motiv der Tat Berücksichtigung finde.[3])

Eingehende Erörterung fand die Prämeditation bei Beratung des belgischen StrGB. von 1867.[4]) Haus, der Verfasser der Motive, hatte die Beseitigung des Art. 297 c. pénal vorgeschlagen. Das zeitliche Moment, das Art. 297 allein berücksichtige, reiche nicht aus; Mord liege vor, sowohl wenn die Tötung mit Überlegung beschlossen als auch wenn sie mit Überlegung ausgeführt sei.[5]) Im Laufe der parlamentarischen Beratungen wurde wiederholt die Wiederherstellung des Art. 297 verlangt. So betonte ins-

[1]) So beispielsweise Chauveau-Hélie Nr. 1222.
[2]) Nr. 1622.
[3]) Philosophie pénale 465.
[4]) Nypels II 601.
[5]) Das ist genau der Standpunkt der deutschen Landesgesetzgebung. Vergl. unten II.

besondere Pirmez, daß der Mord durch das Zusammentreffen zweier Merkmale, das zeitliche Vorangehen des Entschlusses und die Kaltblütigkeit bei der Ausführung, der Totschlag umgekehrt durch das Zusammenfallen des Entschlusses mit der Ausführung und die Leidenschaft bei der Ausführung gekennzeichnet werde. Die Mehrheit der Kammer schloß sich dem Vorschlag des Entwurfes an. Doch vertritt die belgische Literatur teilweise noch heute (so Nypels) den damals von der Minderheit der Kammer eingenommenen Standpunkt.

II. Die deutsche Landesgesetzgebung.

Dem c. pénal gegenüber weist das bayrische StrGB. 1813 eine beachtenswerte Abweichung auf. Nach ihm (Art. 146) liegt Mord vor, wenn die Tat entweder mit Vorbedacht beschlossen oder aber mit Überlegung ausgeführt worden ist. Hier tritt einmal neben das im „Vorbedacht“ liegende zeitliche Moment das durch die „Überlegung“ gekennzeichnete, vom c. pénal nicht ausdrücklich hervorgehobene, psychische Moment; es werden ferner die beiden Momente alternativ miteinander verbunden. Diese Fassung kehrt in den übrigen deutschen Gesetzbüchern wieder. Am deutlichsten wohl in Hessen 252: „Wer die rechtswidrige Tötung eines Menschen mit Vorbedacht verübt, oder wer die Tat zwar im Affekt vollbringt, aber infolge eines mit Vorbedacht gefaßten Entschlusses usw.“ Gute Beispiele bieten ferner Sachsen (1838) 121, Baden 205, der preußische Entwurf 1845. Dieser bestimmt: „Wer infolge eines mit Überlegung vorher gefaßten Beschlusses die Tötung eines Menschen bewirkt oder bei der Ausführung derselben mit überlegtem Vorsatz zu Werke geht usw.“

Trotz der abweichenden Wortfassung ist der Grundgedanke derselbe wie im französischen Recht. Maßgebend ist hier wie dort, daß die Tötung als die Ausführung eines überlegt gefaßten Entschlusses[1]) erscheint. Dieser Zusammenhang kann unmittelbar aus der Art der Ausführung selbst objektiv sich ergeben, oder aber es kann aus anderen Umständen ersichtlich sein, daß die Tat schon vor ihrer Ausführung beschlossen war und die Ausführung auf jenem Beschlusse beruht. Totschlag liegt daher nur dann vor, wenn weder aus der Ausführung, noch aus andern Umständen die Überlegtheit des Entschlusses sich ergibt.

Aber diese rein negative Bestimmung des Totschlags genügte der deutschen Gesetzgebung nicht. Von der unrichtigen Auffassung ausgehend, daß Mangel der Überlegung mit dem Vorliegen des Affekts identisch sei, hat schon Bayern 1813 Art. 151 den Totschlag positiv bestimmt: „Wer ohne Überlegung und Vorbedacht in aufwallender Hitze des Zorns usw.“ Und ebenso die sämtlichen Strafgesetzbücher bis 1850, ja noch Hamburg 1869, mit irrelevanten Unterschieden im Ausdruck.

[1]) Ungenau ist die Wendung: „überlegter Vorsatz“ (Preußen 1829); „vorher überlegter Vorsatz“ (Preußen 1830); also die Verwertung des durchaus unjuristischen Begriffes eines dolus praemeditatus.

Unter dem Einfluß der rheinischen Juristen (seit 1847) kehrt Preußen zum c. pénal zurück. Es verzichtet sowohl auf die (unlogische) positive Bestimmung des Totschlags als auf die (sehr logische) Unterscheidung von Vorbedacht vor der Tat und Überlegung bei der Tat.

§ 175 bestimmt:

„Wer vorsätzlich und mit Überlegung einen Menschen tötet, begeht einen Mord und wird mit dem Tode bestraft.

Neben der Todesstrafe ist zugleich auf Verlust der bürgerlichen Ehre zu erkennen, wenn der Mord an einem leiblichen Verwandten der aufsteigenden Linie oder an dem Ehegatten begangen ist."

§ 176: „Wer vorsätzlich, jedoch nicht mit Überlegung, einen Menschen tötet, begeht einen Totschlag und soll mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft werden."

Nach dieser Fassung muß, wie Goltdammer[1]) richtig hervorhebt, Überlegung im Augenblick der Ausführungshandlung selbst vorliegen, die Tötungshandlung also mit Überlegung ausgeführt sein; die mit Vorbedacht beschlossene, aber ohne Überlegung ausgeführte Tötung ist nicht Mord, sondern Totschlag.

III. Das Reichsstrafgesetzbuch.

Der erste Entwurf des norddeutschen StrGB. hat die preußischen Bestimmungen übernommen, die Qualifizierung des Verwandtenmordes aufgegeben, die Strafe beim Totschlag gemildert. Die Bestimmungen lauten:

§ 185. „Wer vorsätzlich und mit Überlegung einen Menschen tötet, begeht einen Mord und wird mit dem Tode bestraft."

§ 186. „Wer vorsätzlich, jedoch nicht mit Überlegung, einen Menschen tötet, begeht einen Totschlag und soll mit 5—15jährigem Zuchthaus bestraft werden."

Die Gründe, mit denen diese wichtige Bestimmung gerechtfertigt werden sollte, sind dürftig genug. Die Motive sagen:

„Die Beibehaltung der Todesstrafe für den Mord . . . macht eine Begriffsbestimmung dieses Verbrechens notwendig . . . . .

Der Entwurf behält die Begriffsbestimmungen des preußischen StrGB., welche sich in veränderter Redaktion dem französischen c. pénal anschließen, bei. Er geht dabei von dem allgemeinen Begriff der vorsätzlichen Tötung aus und charakterisiert den Mord durch das Merkmal der Überlegung.

Das Moment der Überlegung führt allerdings zu der noch von niemandem beantworteten Frage, wieviel Zeit die Überlegung erfordere. Desungeachtet haben fast sämtliche neueren Strafgesetzgebungen dieses Moment (Überlegung, Vorbedacht, préméditation, deliberatly, premeditated malice aforethought) aufgenommen, und noch neuerdings hat die zur Prüfung der Frage der Todesstrafe berufene englische Parlamentskommission die Tötung „deliberatly committed with express malice aforethought" als die mit der Todesstrafe zu

[1]) Materialien II 370.

belegende Tötung bezeichnet. Der Entwurf hat deshalb eine Abänderung des preußischen StrGB. nicht vorgenommen und sich auch denjenigen Gesetzgebungen nicht angeschlossen, welche noch besonders unterscheiden, ob das Moment der Überlegung beim Fassen des Entschlusses oder bei der Ausführung oder in beiden Fällen vorhanden war.

Die Herabsetzung des Strafmaßes für den Totschlag, § 186, vom absolut lebenslänglichen auf zeitiges Zuchthaus ist nach dem Vorgang der meisten anderen Gesetzgebungen erfolgt."

Dagegen schlug der dritte Entw. die folgende, in das geltende Reichsrecht übergegangene Fassung vor:

§ 206. „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft." (RStrGB. § 211.)

§ 207. „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Totschlags mit Zuchthaus nicht unter 5 Jahren bestraft." (RStrGB. § 212.)

Die Motive zum 3. Entwurf wiederholen die bisherige, oben wiedergegebene, Begründung und fahren dann fort:

„Der Entw. hat sich diesen Gesetzgebungen angeschlossen, indem er sich dabei nicht nur in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtsüberzeugung zu befinden, sondern auch annehmen zu dürfen glaubt, daß tatsächlich das Moment der Überlegung nur in den seltensten Fällen zu wirklichen Bedenken Veranlassung geben wird. Eine Abänderung der Begriffsbestimmung des preußischen StrGB. hat nur insofern stattgefunden, als der Entw. in Anlehnung an das Königl. sächsische StrGB. die Zeit der Ausführung der Tat als die entscheidende erachtet und deshalb beim Morde das Erfordernis aufstellt, daß die Tötung mit Überlegung ausgeführt wird.

Dementsprechend ist unter Totschlag diejenige vorsätzliche Tötung zu verstehen, rücksichtlich welcher nicht feststeht, daß sie mit Überlegung ausgeführt ist."

Trotz dieser Schlußworte der Begründung ergibt sich aus der Gegenüberstellung der §§ 211 und 212 RStrGB., daß die gemeine vorsätzliche Tötung das im Gesetz freilich nicht ausdrücklich erwähnte Gattungsdelikt, die mit Überlegung ausgeführte vorsätzliche Tötung den qualifizierten Artbegriff des Mordes, die ohne Überlegung ausgeführte vorsätzliche Tötung aber den privilegierten Artbegriff des Totschlages darstellt. Die beiden Begriffe Mord und Totschlag stehen also im Verhältnis der Alternativität, nicht aber in dem des weiteren und des engeren Begriffs zu einander.[1])

Daß Überlegung bei Ausführung der Tat verlangt wird, wie das schon das sächsische StrGB. von 1855 in Art. 155 getan hat, ist keine sachliche

[1]) Insoweit hat Binding I 27 recht, wenn er gegen die gemeine Meinung (Frank zu § 212, Olshausen § 212 Note 1) sagt: „Deshalb ist Mord kein qualifizierter Totschlag, noch dieser ein privilegierter Mord."

Neuerung gegenüber dem preußischen StrGB., bringt aber immerhin denselben Gedanken zum deutlicheren Ausdruck. —

In der Auffassung des Merkmals der Überlegung gehen auch in Deutschland die Ansichten der Schriftsteller auseinander. Freilich wird der Gegensatz der Anschauungen durch die Unklarheit des zu bestimmenden Begriffes abgeschwächt.

Man kann bezüglich der Begriffsbestimmung der Überlegung mit Katzenstein[1]) zwei Richtungen unterscheiden.

Ein Teil der deutschen Schriftsteller legt das Schwergewicht darauf, daß bei der Bildung des Entschlusses die für und gegen die Begehung der Tat sprechenden Gründe in das Bewußtsein des Täters treten konnten, so daß das Motiv zur Tat aus dem wirklichen Stärkeverhältnis der Reize und Gegenreize sich gebildet hat.[2]) So sagt Wachenfeld[3]): „Überlegung ist die Denktätigkeit, mittels welcher der Täter die durch den verbrecherischen Gedanken (nach den Gesetzen der Ideenassoziation) hervorgerufenen entgegenwirkenden Vorstellungen wahrnimmt, abwägt und trotzdem nicht berücksichtigt.“ Kaltes Blut, vorbedachter Plan, Überlegung über Ziel und Wege der Ausführung ist dabei nicht zu fordern. Nach Frank[4]) ist Überlegung „diejenige geistige Beschaffenheit, bei welcher der Täter sich der von der Handlung abhaltenden Motive bewußt ist und sie gegen die ihn zu der Handlung drängenden Motive abwägt“. Auf demselben Standpunkt steht Binding[5]): „Die Überlegung bezieht sich nicht wesentlich auf die Mittel der Tötung, sondern auf das Gewicht der Abhaltungsgründe.“

Diesen Schriftstellern steht eine andere Gruppe gegenüber, die das Schwergewicht auf den überdachten Plan, das planmäßige Handeln, die Klarheit über Mittel und Wege der Ausführung legen.[6]) Besonders bekannt und verbreitet ist die Fassung von v. Holtzendorff[7]): Überlegung liegt vor, wenn der Täter „in Gemäßheit eines vorbedachten Planes und durch vorher ausgewählte oder in Bereitschaft gehaltene Mittel“ handelt. Und an anderer Stelle: „In Überlegung handeln heißt, in der Kontinuität eines die Mittel und Wege, Erfolg und Zweck umfassenden, planmäßigen Vorsatzes handeln.“ Daher muß sich nach v. Holtzendorff die Überlegung auch auf die Rechtmäßigkeit der Tötungshandlung beziehen.

Beide Ansichten sind einseitig und erschöpfen den Begriff nicht.

Einmal ist zu beachten, daß, wenn eine Tat nach allen Richtungen hin abgewogen, wenn Gründe und Gegengründe sich geltend machen und prüfend gewertet werden sollen, dies gar nicht geschehen kann ohne Berücksichtigung der Mittel zur Durchführung, ohne Würdigung der Art der Be-

[1]) Z. XXIV 515.
[2]) So schon Mittermaier GA. II 300, Haelschner II 36, 48.
[3]) Wachenfeld 1887 S. 14.
[4]) § 211 Note 2.
[5]) Binding I 27.
[6]) So Schütze 383, Meyer 457, Olshausen § 211 Note 6, Katzenstein 515.
[7]) v. Holtzendorff III 427, 428, 429.

gehung. Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, daß die Ausführung bis in die kleinsten Einzelheiten hinein unabänderlich feststehen und daß die wirkliche Ausführung der vorgestellten Ausführung in allen diesen Punkten entsprechen müsse. Es kann sehr gut sein, daß, wenn der geplanten Ausführung unvorhergesehene Hindernisse sich in den Weg stellen, der Täter zu einer ganz anderen Ausführung gezwungen wird, als diejenige gewesen ist, die er sich vor dem Beginn der Ausführung in seiner Vorstellung zurecht gelegt hatte. Das Mißlingen des ersten von hinten geführten Schlages, der unerwartet zähe Widerstand des Opfers können den Täter zu einer vielleicht sehr weitgehenden Modifikation seines ursprünglichen Planes veranlassen. Aber eine völlig planlose und doch überlegte Tötung kann nicht gedacht werden. Die Überlegung bezieht sich stets auf die Entscheidung der Doppelfrage: 1. ob und 2. wie gehandelt werden soll.[1]) —

Auch für das deutsche StrGB. entsteht die schon oben bei Besprechung des c. pénal aufgeworfene Frage, ob das Merkmal der Überlegung ein objektiver, für die Tat konstitutiver, oder ob es ein persönlicher Umstand sei und daher nur für den Beteiligten qualifizierend wirke, bei dem es gegeben ist.

Nach der ersten Ansicht liegt Mord vor, wenn die Überlegung beim Täter nachgewiesen ist, und die Teilnehmer werden wegen Mordes bestraft, wenn ihnen dieser Umstand bekannt war.[2])

Die gegenteilige Ansicht betrachtet das Merkmal der Überlegung als einen höchst persönlichen Umstand, der demjenigen Beteiligten zuzurechnen ist, bei dem er vorliegt. Nach dieser Ansicht, die sich auf die unmittelbare oder analoge Anwendung des § 50 StrGB. beruft, können die mit Überlegung handelnden Teilnehmer wegen Mordes bestraft werden, auch wenn der Täter selbst ohne Überlegung gehandelt hat.[3]) Welche der beiden Ansichten die richtige ist, kann hier dahingestellt bleiben. —

Die deutsche Literatur hat sich überwiegend gegen die Beibehaltung des Merkmals der Überlegung ausgesprochen. Von den älteren Schriftstellern seien Henke, John, Mittermaier, v. Holtzendorff, H. Meyer, Heinze, von den neueren Wachenfeld, Zucker, Lammasch, Merzbach, Kahl, van Calker genannt[4]), denen zahlreiche weitere angefügt werden

[1]) v. Liszt § 83 I.

[2]) So Binding I 28, Frank § 211 II, Geyer in v. Holtzendorffs Handbuch II 364 und IV 162, Merkel 307, Olshausen § 50 5a. Hierher ist auch Katzenstein 531 zu stellen. Jedoch liegt nach ihm Mord nur dann vor, wenn lediglich die auf Überlegung beruhenden Tätigkeitsakte für den Eintritt des Erfolges kausal geworden sind. Wenn daher auch nur einer der Mittäter ohne Überlegung gehandelt hat, kann keiner der Beteiligten wegen Mordes bestraft werden.

[3]) So Berner 516, Finger I 363, Haelschner I 439, v. Liszt § 53 Note 3, Meyer 229, Ortmann GA. XXII 391.

[4]) Henke, Handbuch II 48; John, Entwurf 48; Derselbe, Strafrechtszeitung 1866 S. 321; Mittermaier GA. II (der aber den vorbedachten Entschluß, den animo pacato der Italiener, für maßgebend erachtet); v. Holtzendorff, Das Verbrechen des Mordes, 1875; H. Meyer, Das norddeutsche Strafrecht, 1869 S. 65; Heinze,

könnten. Ernstliche Verteidigung hat die auf das Merkmal der Überlegung gestützte Unterscheidung von Mord und Totschlag in den letzten Jahren überhaupt nicht mehr gefunden.[1])

IV. Ungarn und die Niederlande.

Eine gewisse Selbständigkeit weist das ungarische StrGB. auf, das sich im übrigen an das französisch-deutsche System anschließt. Es verwendet das Merkmal der „vorherigen Überlegung" (also wohl des Vorbedachts) zur Unterscheidung von Mord und Totschlag (dabei wird allerdings dieser letztere Ausdruck vermieden).

§ 278. „Wer einen Menschen nach vorheriger Überlegung tötet, begeht das Verbrechen des Mordes und ist mit dem Tode zu bestrafen."

§ 279. „Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, jedoch seinen Vorsatz vorher nicht überlegt hat, begeht das Verbrechen der vorsätzlichen Tötung und ist mit Zuchthaus von 10 bis 15 Jahren zu bestrafen."

Dazu tritt dann aber in § 281 noch ein milderer Fall der vorsätzlichen Tötung: „wenn der Vorsatz in einer heftigen Gemütsbewegung gefaßt und auch sofort ausgeführt wurde."

Es muß zugegeben werden, daß diese Dreiteilung, wenn erst einmal der Grundgedanke gebilligt wird, viel für sich hat, da sie die logischen Fehler der Zweiteilung vermeidet.

Ähnliche Bestimmungen wie im ungarischen StrGB. finden sich im kroatischen Entw. (1879) §§ 252, 253.

Dagegen hat das niederländische StrGB. in allem wesentlichen an der französischen Unterscheidung festgehalten.[2]) Nach Art. 287 ist der Totschlag als die vorsätzliche Tötung das Grunddelikt, das mit Gefängnis bis zu 15 Jahren bestraft wird. Der Vorbedacht (das vorsätzliche Töten med voorbedachten raade) stempelt den Totschlag zum Morde; die Strafe ist Gefängnis auf Lebenszeit oder bis zu 20 Jahren.

Eine gründliche Besprechung dieser Unterscheidung findet sich weder in den Motiven, noch in den Kammerberatungen. Wohl aber geben die Motive[3]) ausdrücklich zu, daß niemand mit Sicherheit sagen könne, worin nach dem Volksbewußtsein der Unterschied zwischen Mord und Totschlag eigentlich bestehe.

Ausdrücklich wenden sich die Motive[4]) gegen die Legaldefinition in c. pénal 297. Das wesentliche Merkmal des Mordes ist der Gemütszustand des Täters, das Handeln mit kühlem Blut (in koelen bloede), die „ruhige Überlegung" im Gegensatz zur augenblicklichen Gemütsaufwallung, der hef-

Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen, 1870 S. 230; Zucker GS. XLVI 41; Lammasch, Das Werk des Strafgesetzausschusses, 1893 S. 10; Kahl, Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages, III 223; van Calker, daselbst, II 250.

[1]) Etwa Häberlin, Kritische Bemerkungen usw., 1869 S. 68.

[2]) Vergl. Smidt II 425. Über die Beratungen von 1804 und 1807: Thöne 82 (teilweise auf Grund ungedruckten Materials), Quintus 2.

[3]) Smidt II 432.

[4]) Smidt II 437.

tigen Gemütsbewegung, in welcher der Entschluß gefaßt und ausgeführt wird, zu dem Handeln in impetu. In vollster Deutlichkeit tritt also hier der Trugschluß uns entgegen, nach dem Überlegung mit dem Fehlen der Gemütserregung identisch sein soll. Nach den Motiven kommt es dabei nicht auf den zeitlichen Zwischenraum zwischen Entschluß und Tat, sondern auf den Zeitpunkt dieser letzteren selbst, also der Ausführung, an. In demselben Sinne äußerte sich auch der Minister in der zweiten Kammer, die, wie es scheint, seine Ausführungen billigte.

Auch die Wissenschaft hat überwiegend diese Auffassung vertreten.[1]) Dagegen verlangt nach Quintus das niederländische Recht eine Zeit der ruhigen Überlegung; es stehe durchaus auf dem Standpunkt des französischen Rechts und sei, wie er ausdrücklich hervorhebt, von Wachenfeld mißverstanden worden.[2]) Maßgebend sei allerdings der Gemütszustand des Täters; dieser aber zeige sich im allgemeinen eben in dem kürzeren oder längeren Zeitraum zwischen Beschluß und Ausführung.

Dieser Zerfahrenheit der Ansichten gegenüber ist es begreiflich, daß die große Mehrheit der niederländischen Schriftsteller sich gegen die Verwendung des Merkmales der Überlegung zur Unterscheidung von Mord und Totschlag ausgesprochen hat. So, außer van Hamel und Simons, besonders Thöne und Quintus.[3]) Der letztere hebt hervor, es sei nicht einzusehen, warum die Überlegung nur bei gewissen Delikten berücksichtigt werde; er fügt hinzu, daß der Täter, der die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, nicht notwendig stets verdorbener sei als derjenige, der ohne Überlegung gehandelt hat.

Zu erwähnen wäre noch, daß nach Quintus[4]) die Überlegung ein konstitutives Merkmal des Mordes darstellt, daher den Teilnehmern nur dann zugerechnet werden kann, wenn sie beim Täter vorgelegen hat und dies den Teilnehmern bekannt gewesen ist.

V. Der skandinavische Norden und Finnland.

Schweden 14 § 1 kennzeichnet den Mord als die „Tötung mit beratenem Mut“ (bradt mod) und stellt ihm in § 3 den Totschlag (dråp) als „die Tötung mit hastigem Mut“ (hastigt mod) gegenüber. Dabei ist nicht zu übersehen, daß nach § 4 auch die vorsätzliche tödliche Körperverletzung „Totschlag“ genannt wird, wenn sie mit „beratenem Mut“ begangen war.

Das dänische StrGB. 186, 190 betrachtet den Totschlag (Drab) als den Normalfall, von dem sich der Mord durch das Merkmal der Überlegung (overlaeg) als qualifizierter Fall abhebt.[5])

---

[1]) van Hamel I 288, Simons I 168. Dagegen Quintus 2.
[2]) Quintus 62 gegen Wachenfeld 279.
[3]) Thöne 143, Quintus 83.
[4]) S. 75.
[5]) Auf demselben Standpunkt steht auch Island 191.

Die Erläuterungen, die Goos[1]) zu diesen Bestimmungen gibt, bringen wenig Klarheit. Nach ihm ist für den Begriff der Überlegung das zeitliche Moment nicht maßgebend; erforderlich, aber auch genügend ist es, wenn die Überlegung im Augenblick der Ausführung vorhanden war. Das Wesen der Überlegung erblickt er nicht in dem physiologischen Moment des „kalten Blutes“, sondern in dem psychologischen, „daß Verstand und Reflexion die Herrschaft über Gemüt und Willen gehabt haben“. Trotzdem soll nach Goos die französische Auffassung der Prämeditation (le dessein formé avant l'action) wegen ihres Einflusses auf die geschichtliche Entwicklung der Strafgesetzgebung auch für die Auslegung des dänischen Rechtes maßgebend sein. Goos verschweigt dabei nicht, daß die scharfe Abgrenzung von Mord und Totschlag, die sich auf den Unterschied von Überlegung und Übereilung stützt, ihre Bedenken hat.

Auch das norwegische StrGB. von 1842 hatte das Merkmal der Überlegung zur Unterscheidung von Mord und Totschlag verwendet. Die Revision von 1889 brachte manche Veränderung im einzelnen, hielt aber an der hergebrachten Unterscheidung fest. Die Entwürfe von 1893 und 1896[2]) nahmen die Unterscheidung in der Gestalt, die sie im Jahre 1809 erhalten hatte, auf, ohne sich näher über ihre Zweckmäßigkeit zu äußern; nur wurden die Strafrahmen so erweitert, daß ihre Grenzen ineinander übergehen. Demgemäß sagt das StrGB. von 1902 in § 233:

„Wer den Tod eines anderen verursacht oder dazu mitwirkt, wird wegen Totschlags (drab) mit Gefängnis nicht unter 6 Jahren bestraft.

Hat der Schuldige mit Überlegung (overlaeg) gehandelt oder . . . ., so kann auf lebenslängliches Gefängnis erkannt werden.“

Hagerup bestimmt in seiner Textausgabe des Gesetzes die Überlegung als einen Seelenzustand, in welchem der Täter der von dem Verbrechen abhaltenden wie der zu ihm hinführenden Motive sich bewußt ist, sodaß er beide gegeneinander abwägen konnte. Dieser Seelenzustand muß bis zu dem Augenblick der Ausführung gedauert haben.

Auch Finnland 21 §§ 1, 2 stellt den Mord als die vorsätzliche Tötung mit Vorbedacht dem Totschlag als der vorsätzlichen Tötung ohne Vorbedacht gegenüber.

Wenn die Überschrift dieses Paragraphen von der französisch-deutschen Gruppe spricht, so ist diese Bezeichnung nicht erschöpfend: von allen heute geltenden Rechten, die den Begriff der vorsätzlichen Tötung überhaupt scharf herausgebildet haben, haben nur die südromanischen Rechte die qualitative Unterscheidung von Mord und Totschlag nicht aufgenommen. Erst aus den neueren Entwürfen wird es klar, daß der Siegeszug des c. pénal zum Stillstand gekommen ist und neue Gedanken um legislative Gestaltung ringen.

[1]) Goos I 99.
[2]) Motive 1893 S. 73, 1896 S. 214.

§ 7.

Die südromanischen Rechte.

I. Spanien und Portugal. II. Italien. III. Die romanischen Rechte Amerikas.

Die südromanischen Rechte stehen in einem ausgesprochenen Gegensatz zu der durch den c. pénal begründeten Unterscheidung von Mord und Totschlag. Dabei nimmt aber innerhalb dieser Gruppe das italienische StrGB. von 1889 eine durchaus selbständige Stellung ein.

I. Spanien und Portugal.

Das spanische StrGB. 1870[1]) hebt den Mord (asesinato) einerseits von der Verwandtentötung (parricidio), andrerseits vom einfachen Totschlag scharf ab; der Mord wird mit zeitiger Kettenstrafe (cadena) oder mit dem Tode, der Totschlag mit zeitiger reclusion bestraft. Aber der Begriff des Mordes ist nicht einheitlich, sondern, teilweise unter Festhalten gemeinrechtlicher Unterscheidungen, kasuistisch gefaßt und wesentlich weiter als im französischen c. pénal. Nach Art. 418 liegt Mord vor:

1. Bei Tötung mit alevosía (verwandt mit dem guet-apens des c. pénal, aber weiter als dieser), d. h. bei heimlicher, hinterlistiger Tötung (Meuchelmord);
2. bei bestellter Tötung (Banditenmord);
3. bei Tötung mittels Überschwemmung, Brandstiftung oder Gift;
4. bei Tötung mit bewußtem Vorbedacht (premeditación conocida);
5. bei Tötung in der Wut (ensañamento) unter überlegter und unmenschlicher Vermehrung der Schmerzen des Opfers.

Dazu tritt dann noch in Art. 516 der Raubmord.

Das Merkmal der Prämeditation wird mithin allerdings zur Unterscheidung von Mord und Totschlag verwendet; es ist aber nicht das ausschließliche und grundlegende Merkmal des Mordbegriffes, sondern mit einer Reihe von anderen erschwerenden Umständen auf eine Stufe gestellt.

Der Begriff der premeditación conocida ist in der spanischen Rechtsprechung ebenso schwankend wie in anderen Ländern. Bald wird, wie im c. pénal, das Schwergewicht auf den Zeitraum zwischen Entschluß und Ausführung gelegt, da nur auf diesem Wege das „hartnäckige Verharren" des Täters an seinem Entschluß festgestellt werden könne; bald wird, wie von den Italienern, eine meditación fria calculada y reflexiva verlangt, also die leidenschaftslose Überlegung.[2])

Der spanische Entwurf 1884 hat unter Voranstellung des Totschlages die Begriffsbestimmung der Verwandtentötung wie des Mordes in allem Wesentlichen beibehalten.

---

[1]) Vergl. Rosenfeld, StG. I 520. — Die die Tötung qualifizierenden Umstände haben nicht nur hier, sondern allgemein diese Bedeutung. Vergl. die Aufzählung in Art. 10 (hier in Ziff. 2 die Legaldefinition der alevosia) und dazu die eingehende Darstellung bei de la Serna II 421—559.

[2]) Vergl. die in den Textausgaben angeführten Entscheidungen. Für unrichtig halte ich die Behauptung von Rosenfeld, StG. I 509, daß der Begriff der Prämeditation mit dem der Überlegung nicht zusammenfalle.

Auf demselben Standpunkt wie Spanien steht auch Portugal in seinem StrGB. von 1884. Das Merkmal des Vorbedachtes wird verwandt, um zwar nicht Mord und Totschlag, wohl aber den schweren Mord vom einfachen Mord zu unterscheiden; aber das Vorliegen des Vorbedachtes ist nur einer unter einer ganzen Reihe von Fällen, die das Vorliegen des schweren Mordes bedingen.

Nach Art. 349 ist einfacher Mord die absichtliche Tötung eines anderen. Art. 351 zählt die Umstände auf, deren Vorliegen den Tatbestand des schweren Mordes begründet. Hier finden wir an erster Stelle den Vorbedacht; daneben aber noch Grausamkeit bei der Ausführung, Verbindung mit einem anderen Verbrechen usw. Gleichgestellt in der Bestrafung ist ferner die Vergiftung, der Verwandtenmord und die Kindestötung (Art. 353, 355, 356). Für den Vorbedacht wird in Art. 352 eine dem Art. 297 des c. pénal nachgebildete, aber noch formalistischere Begriffsbestimmung gegeben: er besteht in dem mindestens 24 Stunden vor der Handlung gefaßten Entschluß, eine bestimmte Person, oder selbst eine solche, die angetroffen wird, anzugreifen, auch wenn dieser Entschluß von einem Umstand oder einer Bedingung abhängig ist, oder wenn auch nach der Ausführung des Verbrechens ein Irrtum bez. dieser Person vorliegt.

II. Das italienische StrGB. von 1889.

Hier ist die Bezeichnung Mord und mit ihr der althergebrachte Begriff selbst ganz aufgegeben. Aber die Prämeditation, der Vorbedacht, spielt auch im geltenden italienischen Recht noch immer eine hervorragende Rolle.

Die einfache Tötung, die in Art. 364 mit Einschließung von 18 bis zu 21 Jahren bestraft wird, bildet das Gattungsdelikt. Von der einfachen Tötung heben sich einmal die omicidi aggravati ab, die mit Einschließung von 22 bis zu 26 Jahren bedroht werden (Art. 365), dann aber die omicidi qualificati (Art. 366), bei denen die schwerste Strafe, das ergastolo, zur Anwendung gelangt.

Um die Stellung, welche dem Vorbedacht eingeräumt ist, richtig hervortreten zu lassen, führe ich die beiden Art. bereits hier im Zusammenhange an.

Erschwert ist die Tötung (Art. 365):

1. An dem Ehegatten, dem Bruder oder der Schwester, einem der Adoptiveltern oder einem Adoptivkinde oder einer in gerader Linie verschwägerten Person;

2. an einem Mitglied des Parlamentes oder einem öffentlichen Beamten aus Anlaß ihrer Funktionen;

3. vermittels giftiger Substanzen.

Qualifiziert ist die Tötung (Art. 366):

1. an einem ehelichen Verwandten auf- oder absteigender Linie;

2. mit Vorbedacht;

3. aus bloßem Antrieb brutaler Ruchlosigkeit oder aber mit schwerer Grausamkeit;



4. mittels Brandstiftung, Überschwemmung, Sinkenmachen eines Schiffes oder mittels eines der im Titel 7 dieses Buches vorgesehenen (gemeingefährlichen) Verbrechens;

5. behufs Vorbereitung, Erleichterung oder Vollziehung einer anderen strafbaren Handlung, mag diese auch nicht erfolgt sein;

6. unmittelbar nach Begehung einer anderen strafbaren Handlung, um den Gewinn aus derselben in Sicherheit zu bringen, oder weil das vorgesteckte Ziel nicht erreichbar war oder aber behufs Verbergung der strafbaren Handlung oder Unterdrückung ihrer Spuren oder Beweise oder behufs Sicherung sonstiger Straflosigkeit für sich oder andere. —

Der Vorbedacht für sich allein reicht mithin aus, um auf die vorsätzliche Tötung die schwerste Strafe anwendbar zu machen; er teilt aber diese Wirkung mit einer ganzen Reihe weiterer Umstände.

In der Behandlung des Merkmales des Vorbedachtes finden wir ein charakteristisches Schwanken in den italienischen Strafgesetzentwürfen.[1]) Sardinien 1859 hatte sich hier wie sonst fast wörtlich an den c. pénal angeschlossen. Der Entwurf 1868 (De Filippo) Art. 283 verlangte dagegen, damit Prämeditation angenommen werden könne, daß der Täter „ha formato e freddamento maturato, il disegno di uccidere“, betont also die kaltblütige Ruhe bei der Fassung des Entschlusses; eine Bestimmung, die von Tessin (1873) 290 aufgenommen wurde. Die Entwürfe 1870 (Pironti) und 1874 (Vigliani) kehrten dagegen zur Begriffsbestimmung des französischen Rechtes zurück. Eingehend wurde die Frage in der ministeriellen Kommission von 1876 (unter Mancini) besprochen. Seit dem Entwurf Zanardelli 1883 ist der Wegfall jeder Legaldefinition des Vorbedachts entschieden. So fehlt sie denn auch im Gesetzbuch selbst.[2]) —

Die Auffassung des Vorbedachtes bei den italienischen Schriftstellern weist uns dieselbe Unsicherheit und Unklarheit auf, wie wir sie in der Literatur der übrigen Länder finden. Die ältere italienische Literatur wird beherrscht von der durch Carmignani (Elementa § 309) aufgestellten Formel: „occidendi propositum, frigido pacatoque animo susceptum, moram habens atque occasionem quaerens, ut crimen veluti exoptatum finem perficiat.“ Noch Carrara § 1122 empfiehlt mit Stolz diese teorica puramente italiana, die ja auch in den Entwurf 1868 aufgenommen wurde.

Dagegen behauptet Zanardelli in seinem Bericht (unter Berufung auf v. Holtzendorff), daß das Vorliegen der Prämeditation auf ein Motiv schließen lasse, das die Schlechtigkeit und Verwerflichkeit der Gesinnung des Täters enthüllt und diesen der milderen Behandlung unwürdig macht. Er bezeichnet daher[3]) die Gemütsverfassung des Mörders als „quel tristo cinismo, quella spietata risoluzione, quell' animo sordo ai più elementari

[1]) Vergl. Relazione ministeriale, Kap. 139 (S. 267).

[2]) Die Relazione ministeriale, Kap. 139 (S. 270 Note 2) zählt eine lange Reihe von italienischen Schriftstellern auf, die sich gegen die Definition erklärt haben.

[3]) Relazione ministeriale, Kap. 139 (S. 279).

sensi di sociovolezza." Crivellari[1]) tritt dieser Ansicht bei. Daß sie an sich unrichtig ist, soll noch gezeigt werden; daß sie im Gesetze gar keinen Ausdruck gefunden hat, liegt wohl auf der Hand.

Ähnlich, wenn auch schärfer, faßt auch Alimena[2]) den Begriff der Überlegung auf. Nach ihm ist sie „die bei kaltem Blut und bei voller geistiger Klarheit erfolgte Entwicklung der Gedanken des Täters, welche zur Fassung des verbrecherischen Entschlusses führt und diesen wie den Charakter des Täters als einen ganz besonders boshaften und der Rechtsordnung feindlichen erscheinen lassen".

Puglia[3]) schließt sich dieser Auffassung an. Er verlangt für das Vorliegen der Prämeditation außer 1. Überlegung, 2. zeitlichem Zwischenraum, 3. pacatezza d'animo noch 4. „un movente indegno di indulgenza, o, per dir meglio, un movente que rivela perversità o obbietezza d'animo." Das Gesetz weiß davon nichts!

Anders wieder Impallomeni[4]), der das Wesen des Vorbedachtes eingehend untersucht hat. Zwei Merkmale sind es, die nach ihm die Prämeditation kennzeichnen: una certa reflessione und una certa preparazione. Dagegen wendet er sich mit aller Entschiedenheit sowohl gegen die Begriffsbestimmung Carmignanis, als auch gegen die entscheidende Berücksichtigung des Motivs, wie sie Zanardelli in seiner Relazione gefordert hat. —

Über die Frage, ob die Prämeditation ein objektives Merkmal des omicidio qualificato oder aber ein höchst persönlicher Umstand sei, gehen die Meinungen auch in der italienischen Literatur und Rechtsprechung weit auseinander.

Mit der ihm eigentümlichen Klarheit und Bestimmtheit hat Carrara die Ansicht von der „incomunicabilità della premeditazione" vertreten. Ihm schließt sich Crivellari an, während Impallomeni die entgegengesetzte Ansicht zu begründen versucht.[5]) Der Kassationshof hat eine merkwürdige, viel besprochene Schwenkung vollzogen; früher auf dem Standpunkte Carraras stehend, zeigt er in neueren Entscheidungen die deutliche Neigung, die Überlegung als konstitutives Merkmal zu behandeln und sie, wenn sie beim Täter vorliegt, auch dem Teilnehmer zur Last zu schreiben.[6])

III. Die romanischen Rechte Amerikas.

Die Strafgesetzbücher der süd- und mittelamerikanischen Staaten weisen gemeinsame Grundzüge auf, die ihre Zusammenfassung zu einer einheitlichen Gruppe rechtfertigen. Im einzelnen aber zeigen sich vielfache Abweichungen. Fast durchweg ruhen die romanischen Tochterrechte auf dem älteren spanisch-portugiesischen Recht; die Verwandtschaft mit den heute geltenden Strafgesetzbüchern Spaniens und Portugals ist unverkennbar. Daneben aber hat

---

[1]) Crivellari-Suman VII 725, 815.
[2]) StG. I 597.
[3]) II 249.
[4]) Il carattere dei moventi, S. 12ff. Derselbe, Omicidio S. 337—405.
[5]) Carrara § 1134, Crivellari-Suman VII 728, Impallomeni 402.
[6]) Entscheidungen vom 12. November 1902 und 12. Februar 1903 (Rivista penale LVII 316, LVIII 232).

auf die Gesetzgebung Süd- und Mittelamerikas in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts der c. pénal und das bayrische StrGB. von 1813 vielfach Einfluß geübt; und die jüngsten Kodifikationen wenden sich mehr und mehr den Ideen zu, die in dem italienischen StrGB. von 1889 ihren Ausdruck gefunden haben.

Für die Zwecke dieser Darstellung genügt es, einige typische Beispiele herauszuheben.

Sehr deutlich spiegelt sich der angedeutete Entwicklungsgang in der Gesetzgebung Brasiliens wieder. Das alte StrGB., auf dem c. pénal beruhend, aber diesen vielfach selbständig weiterbildend, galt seinerzeit als eine der tüchtigsten legislatorischen Leistungen. Es blieb nicht ohne Einfluß auf das portugiesische StrGB. von 1851. Daher manche gemeinsame Züge zwischen dem brasilianischen Recht bis 1900 und dem geltenden portugiesischen StrGB. von 1884.

Das neue brasilianische StrGB. von 1900[1]) dagegen schließt sich an das italienische Recht an, indem es den selbständigen Begriff des Mordes aufgibt und in Art. 249 §§ 1 und 2 vorsätzliche Tötung mit oder ohne erschwerende Umstände unterscheidet.

Auch Chile 1889 läßt die Bezeichnung Mord fallen und kennt nur einfachen und schweren Fall des homicidio; im übrigen schließt es sich eng an das spanische Vorbild an und verwendet wie dieses das Merkmal der premeditación conocida.

Eigenartig ist die Auffassung des überaus breit angelegten StrGB. für Kolumbien von 1890.[2]) Innerhalb der Tötung, des homicidio, bildet die Tötung mit Vorbedacht, das homicidio premeditado, d. h. die willentliche und nach vorhergegangener Überlegung oder Entschließung ausgeführte Tötung, den Regelfall (Art. 583, 584), für dessen Vorliegen die Präsumption spricht. Neben diesem Regelfall werden (§ 586) zunächst schwerere Fälle unterschieden. Diese bilden, abgesehen von der Verwandtentötung, den Tatbestand des Mordes (asesinato). Es gehört hierher die (überlegte) Tötung gegen Entgelt, mit besonderer Hinterlist oder Grausamkeit, mit besonders gefährlichen Mitteln, wie Gift[3]), Explosion oder Brandstiftung, oder als Mittel zur Begehung einer anderen strafbaren Handlung, bei Gelegenheit eines öffentlichen Unglückes, wie Eisenbahnkatastrophen oder in einem Streit, den der Täter absichtlich veranlaßt hat. Auf der anderen Seite stehen die leichteren Fälle. Hierher gehört, außer fahrlässiger Tötung und Kindestötung, das homicidio simplemente voluntario (Art. 587) in acht aufgezählten Fällen. Diese sind: Tötung 1. auf Provokation; 2. im Affekt; 3. zur Abwehr eines bevorstehenden Angriffes; 4.—7. zur Abwehr eines Deliktes gegen die Verfassung, gegen die Sicherheit des Landes, gegen die öffentliche Ordnung, gegen das Leben; 8. die Überschreitung eines Züchtigungsrechtes in gerechtem Zorn.

[1]) Vergl. StG. II 188 (Vieira de Araújo und Crusen).
[2]) Vergl. Crusen, StG. II 110.
[3]) Daneben bildet die Vergiftung (envenenamiento) einen selbständigen Verbrechensbegriff.

Neben die Fälle der absolut straflosen (inculpable) Tötung, zu denen die Tötung der ertappten Ehebrecherin oder der unkeuschen Tochter gehört (Art. 591), tritt die milder bestrafte Tötung; darunter (Art. 606) die Tötung einer nahestehenden weiblichen Person (außer der Frau oder der Tochter), die bei unzüchtigen Handlungen betroffen wird.

Ecuador 1873 (in der Fassung von 1890)[1]) steht auf dem Boden des portugiesischen Rechts und läßt, wie dieses, vielfach den Einfluß des c. pénal erkennen. Es geht von dem einfachen Totschlag (Art. 427) als Grunddelikt aus. Asesinato liegt (nach Art. 428) vor bei Vorbedacht (premeditación conocida), sowie in einer Reihe von weiteren Fällen. Die Verwandtentötung nimmt auch hier eine selbständige Stellung ein. Die Abgrenzung der milder strafbaren homicidios (heridas y golpes) excusables und der straflosen homicidios justificados ist dieselbe wie im französischen Recht.

Nach dem StrGB. für Mexiko von 1871 umfaßt die einfache Tötung, homicidio, sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Tötung eines Menschen (Kap. VI Art. 550—559). Qualifizierte, mit dem Tode bedrohte Tötungen (Kap. VII Art. 560—563) sind die Tötung mit Vorbedacht, durch Gift, durch Aussetzung. Art. 515 gibt eine über das Gebiet der Tötungen hinausreichende Begriffsbestimmung des Vorbedachtes; er liegt vor, „wenn der Schuldige absichtlich eine Verletzung verursacht, nachdem er über das Vergehen, welches er zu begehen im Begriffe ist, nachgedacht hat oder haben kann.“ Das parricidium ist in Kap. VIII selbständig behandelt.

Es sei endlich noch das StrGB. für Venezuela von 1873 erwähnt.[2]) Den Regelfall bildet die vorsätzliche Tötung. Asesinato liegt bei gewissen erschwerenden Umständen vor, so bei alevosía, premeditación, ensañamiento (also Anschluß an Spanien). Eine selbständige Stellung hat die Tötung eines Aszendenten oder Deszendenten sowie gewisser höherer Staats- und Kirchenbeamten.

Alle Gesetze der südromanischen Gruppe haben es mithin abgelehnt, die begriffliche Unterscheidung von Mord und Totschlag auf das Merkmal der Überlegung zu stützen.

§ 8.

Die neueren Strafgesetzentwürfe.

I. Die österreichischen Entwürfe von 1874—1891. II. Der Entwurf eines eidgenössischen Strafgesetzbuches. III. Die japanischen Entwürfe. IV. Das russische Strafgesetzbuch von 1903.

I. Die österreichischen Entwürfe.[3])

Nach dem geltenden österreichischen Recht wird der Mord gekennzeichnet durch die „Absicht zu töten“[4]); Totschlag dagegen liegt vor (§ 140),

[1]) Vergl. Crusen, StG. II 39.

[2]) Ochoa-Rosenfeld in StG. II 53.

[3]) Die Vorarbeiten zu diesem Teil meiner Darstellung verdanke ich Herrn Privatdozenten Dr. Radbruch in Heidelberg.

[4]) § 134: „Wer gegen einen Menschen in der Absicht, ihn zu töten, auf solche Art handelt, daß daraus dessen oder eines anderen Menschen Tod erfolgt, macht sich

wenn die Handlung, wodurch ein Mensch um das Leben kommt, zwar nicht in der Absicht, ihn zu töten, aber doch in anderer feindseliger Absicht ausgeführt wurde. Damit ist die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang als Fall der Tötung hingestellt.[1]) Als besondere Arten des Mordes hebt der § 135 hervor: 1. den Meuchelmord; 2. den Raubmord; 3. den bestellten Mord; 4. den gemeinen Mord, der zu keiner der angeführten schweren Gattungen gehört.

Der Totschlagsbegriff des österreichischen StrGB., der infolge seiner Abweichung von der Gesetzgebung der übrigen Staaten besonders beim Abschluß von Auslieferungsverträgen störend wirkte[2]), ist von allen österreichischen Entwürfen seit 1874 aufgegeben worden. Dagegen weist die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag innerhalb der gemeinen vorsätzlichen Tötung in den Entwürfen ein sehr charakteristisches Schwanken auf.

In E. I von 1874 (Entw. Glaser) umfaßt, wie im geltenden österreichischen Recht, der Ausdruck Mord alle Fälle der vorsätzlichen gemeinen Tötung (§ 223). Der Totschlag bildet nur einen privilegierten Fall des Mordes; er wird durch ein positives Merkmal von den anderen Fällen des Mordes abgehoben, und, ob dieses gegeben ist, bedarf der besonderen Feststellung, so daß im Zweifel auf Mord zu erkennen ist. § 224 Abs. 1 bestimmt:

„Ist der Vorsatz, einen Menschen zu töten, in ein und derselben heftigen Gemütsbewegung gefaßt und ausgeführt worden, so ist wegen Totschlages auf Zuchthaus von 3—15 Jahren oder auf Gefängnis nicht unter 3 Jahren zu erkennen."

Die Strafe des nicht weiter erschwerten Mordes ist lebenslanges Zuchthaus. Dagegen wird eine Anzahl von erschwerten Mordfällen herausgehoben und mit dem Tode bedroht. Da die Kasuistik des österreichischen Entwurfes von 1874 für diese Art der Lösung des Problems besonders lehrreich ist, seien die Fälle hier vollständig wiedergegeben.

§ 223 fährt im 2. Abs. fort:

„Die Strafe des Mordes ist der Tod, wenn

1. derselbe an dem leiblichen Vater oder der leiblichen Mutter des Schuldigen begangen wurde;

2. dem Schuldigen die Ermordung mehrerer Menschen oder neben dem vollbrachten noch ein Mordversuch zur Last fällt;

3. derselbe zur Zeit der Tat bereits wegen vollbrachten oder versuchten Mordes verurteilt worden war;

4. derselbe zur Zeit des begangenen Verbrechens wegen einer anderen Handlung bereits zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe verurteilt war;

---

des Verbrechens des Mordes schuldig." — Es folgen nun die Regeln über den Kausalzusammenhang, s. o. § 2 II.

[1]) S. o. § 3 I.

[2]) Vergl. Motive zu §§ 220—225 des Entw. 1881 (E. III), wieder abgedruckt in den Bemerkungen zum Entw. 1891 (E. VI) S. 283.

5. der Mord auf grausame und mit besonderen Qualen für den Ermordeten verbundene Art verübt wurde;

6. der Mord von einer Person, welche sich mit einem oder mehreren anderen zu fortgesetzter Begehung von Raub, Diebstahl, Sachbeschädigung oder Brandstiftung verbunden hat, um dieser Verbindung willen begangen wurde."

Ob die Abgrenzung der todeswürdigen Fälle im einzelnen gelungen ist, interessiert hier nicht. Aber es ist bezeichnend für die Entwicklungsrichtung, die in der modernen Strafgesetzgebung mehr und mehr zur Geltung gelangt, daß der Glasersche Entwurf, der sich im übrigen so eng an das deutsche StrGB. anschließt, gerade in dieser wichtigen Materie sich so vollständig von seinem Vorbild trennt.[1]) Der Ausschuß hat die Frage eingehend geprüft und ist zu dem Standpunkt des deutschen StrGB. zurückgekehrt.[2]) In der überlegten Tötung, bei der die Hemmungsvorstellungen sämtlich zur Geltung gelangten, ohne aber motivierende Kraft zu entfalten, offenbart sich nach Ansicht der Kommission die größere soziale Gefährlichkeit des Täters. So bestimmt denn E. II in § 218:

„Die mit Überlegung ausgeführte Tötung eines Menschen wird als Mord mit . . . bestraft"; und § 219 Abs. 1:

„Ist die Tötung eines Menschen vorsätzlich, jedoch nicht mit Überlegung, ausgeführt worden, so ist wegen Totschlags auf . . . zu erkennen."

Damit ist, im direkten Gegensatz zu E. I, der Totschlag zum Regelfall, der Mord zu einem durch ein positives Merkmal ausgezeichneten Ausnahmefall gemacht. Und da der E. II die Todesstrafe beseitigte, entfiel für ihn auch die Veranlassung, innerhalb des Mordes die besonders schwer zu bestrafenden Fälle kasuistisch hervorzuheben.

Die Regierungsvorlage von 1881 (E. III oder Entw. Prazak) hielt, trotz der erhobenen Einwendungen, an den Grundgedanken des ersten Entwurfes fest.[3]) Nur wurde die Reihenfolge der Bestimmungen geändert, indem Totschlag, Kindestötung und Tötung auf Verlangen vorangestellt und nur die übrig bleibenden Fälle der vorsätzlichen Tötung als Mord bezeichnet wurden; und in der Kasuistik der mit dem Tode bedrohten schweren Mordfälle finden sich verschiedene hier nicht weiter interessierende Abweichungen.

Die Regierungsvorlage von 1889 (E. IV, erster Entw. Schönborn) ließ — und das verdient beachtet zu werden — die Kasuistik der qualifizierten Mordfälle fallen und erstreckte die Todesstrafe auf sämtliche Fälle des Mordes, d. h. der nach Ausscheidung von Totschlag, Kindestötung und

[1]) Die Kasuistik des Entw. von 1874 hat in der Literatur überwiegend Widerspruch gefunden. So bei Schwarze, Bemerkungen usw., 1875 S. 85; Binding, Der neue österr. Entw. in Grünhuts Zeitschrift II 661; Schütze, Zur Kritik des neuesten österr. Entw., 1882 S. 35. Für den Entw. ist besonders Lammasch, Das Werk des Strafgesetzausschusses 1893 S. 10 eingetreten.

[2]) Motive zum Entw. II 61.

[3]) Motive zu Entw. III 79.

Tötung auf Verlangen übrig bleibenden Fälle der vorsätzlichen Tötung. (§ 223.)

E. V bringt uns den E. IV in der Fassung der Ausschußbeschlüsse. Hier ist der Mord positiv durch das Merkmal der Überlegung ausgezeichnet, während der Totschlag alle übrigen Fälle der gemeinen vorsätzlichen Tötung umfaßt.

§ 224: „Wer gegen einen Menschen, in der Absicht, ihn zu töten, mit Überlegung derart handelt, daß daraus dessen Tod erfolgt, begeht einen Mord. Die Strafe des Mordes ist der Tod."

§ 225: „Wer gegen einen Menschen in der Absicht, ihn zu töten, derart handelt, daß daraus dessen Tod erfolgt, begeht einen Totschlag.

Die Strafe des Totschlags ist . . . ."

Mit dieser Fassung wurde bezweckt, daß im Zweifelfalle nicht auf Mord, sondern auf Totschlag zu erkennen sei.[1]) Dabei soll aber, wie die Ausschußmotive ausführen, das den Mord charakterisierende Merkmal nicht im Sinne der einseitigen, intellektualistisch gedachten préméditation des französischen Rechtes, sondern als die ruhige, affektfreie Überlegung (also wohl im Sinne der Italiener) aufgefaßt werden.

Die Regierungsvorlage von 1891 (E. VI, zweiter Entw. Schönborn) hat die schwache Seite dieser Beweisführung gut erkannt.[2]) Für die Fälle, in welchen sowohl Affekt als auch Überlegung fehlt, sei die mildere Bestrafung nicht zu rechtfertigen. Daher wird in die Begriffsbestimmung des Mordes das Fehlen, in die des Totschlags das Vorhandensein des Affekts ausdrücklich aufgenommen.

§ 226: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, ohne daß der Vorsatz in ein und derselben heftigen Gemütsbewegung gefaßt und ausgeführt worden ist, ist des Mordes schuldig.

Die Strafe des Mordes ist der Tod."

§ 227: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, ist, wenn der Vorsatz in ein und derselben heftigen Gemütsbewegung gefaßt und ausgeführt worden ist, des Totschlags schuldig.

Die Strafe des Totschlags ist . . ."

Und nach all diesen verschiedenen Versuchen, die fast zwei Jahrzehnte umfassen, kommt der E. VII, der Ausschußentwurf, wieder auf den Standpunkt des preußischen StrGB. zurück![3]) Er bestimmt:

§ 216: „Wer vorsätzlich und mit Überlegung einen Menschen tötet, wird wegen Mordes mit dem Tode bestraft."

§ 217: „Wer vorsätzlich, jedoch ohne Überlegung, einen Menschen tötet, wird wegen Totschlags mit . . . . bestraft."

Damit ist der Kreislauf geschlossen. Die Versuche, über die Unterscheidung des französisch-deutschen Rechtes hinauszukommen, sind sämtlich

[1]) Bemerkungen zu Entw. V. S. 55.
[2]) Motive S. 289.
[3]) Motive S. 53.

gescheitert. Und was der in Aussicht stehende neueste Entwurf uns bringen wird, vermag, da die Vorarbeiten unter dem völligen Ausschluß der Öffentlichkeit vor sich gehen, außer den wenigen Eingeweihten niemand zu sagen.

II. Der Entwurf eines eidgenössischen Strafgesetzbuches.[1])

Schon in seinen Grundzügen II 1 ff. hatte Stooß, nachdem er die Bestimmungen der schweizerischen StrGB. mit ihrer dem c. pénal nachgebildeten Unterscheidung von Mord und Totschlag einer scharfen Kritik unterzogen hatte, den Vorschlag gemacht, die unehrliche gemeine Tötung, d. h. die Tötung aus gemeinen Motiven oder zu gemeinen Zwecken und die Tötung mit besonders gefährlicher Begehungsart, auszuzeichnen, die einfache vorsätzliche Tötung dagegen als Normalfall zu behandeln und so einen alten Rechtsgedanken, wenn auch in neuer Form, wieder zu Ehren zu bringen.

Diese durchaus beachtenswerte Auffassung führte zu folgendem Vorschlag in dem von Stooß ausgearbeiteten Vorentwurf von 1893/94:

Art. 50: „Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus von 10 bis 15 Jahren bestraft; begeht er die Tat in leidenschaftlicher Aufwallung, so ist die Strafe Zuchthaus von 3 bis zu 10 Jahren (Totschlag). Tötet der Täter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft (Mord)“.[2])

In der Expertenkommission wurden die Vorschläge eingehend erörtert und zwar besonders lebhaft ihr Grundgedanke. Einerseits fand die Unterscheidung von Mord und Totschlag nach dem Merkmal der Gemütserregung oder nach dem der Überlegung ihre Vertreter; andrerseits wurde die Unterscheidung von Mord und Totschlag im Sinne des Entw. angefochten. Demgegenüber vertrat Stooß die Ansicht, daß nach der Volksanschauung Mord weder die Tötung ohne Gemütserregung noch die Tötung mit Überlegung, sondern die schändliche Tötung bedeute; und diese sei es, die der Entw. Mord nenne. Die Kommission trat dieser Auffassung bei. Sie beschloß aber, den Totschlag in einem besonderen Absatz zu behandeln, um dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß bei Zusammentreffen des Milderungsgrundes der leidenschaftlichen Aufwallung mit einem der Schärfungsgründe, etwa dem der Verübung von Grausamkeit, der Art. 40 des Vorentwurfes zur Anwendung gelange, nach welchem beim Zusammentreffen eines Strafmilderungs- mit einem Straferhöhungsgrunde die Strafe zwar nicht gemildert wird, der Richter aber von der Straferhöhung absehen kann.

[1]) Auch hier hat Privatdozent Dr. Radbruch in Heidelberg mir die Vorarbeiten für meine Darstellung geliefert.

[2]) Zustimmend äußerten sich v. Lilienthal Z. XV 316; Damme, Preuß. Jahrbücher LXXXVIII 105. Bedenken bei Rolin, Revue de droit intern. XXIX 140 (der an der Prämeditation festhalten will); Meyer v. Schauensee, Zur Geschichte und Kritik usw., 1869, S. 57.

Erwähnung verdient, daß der Vorschlag, die Tötung von Aszendenten unter die Mordfälle aufzunehmen, mit der Begründung abgelehnt wurde, die strenge Bestrafung lasse sich bei Verfeindung, insbesondere wegen liebloser Behandlung der Kinder durch die Eltern, nicht rechtfertigen.

Bei der von Stooß zwischen der ersten und zweiten Lesung des Entw. vorgenommenen Umarbeitung erhielt der vom Totschlag handelnde Abs. des Art. 50 (nunmehr Art. 51) seine Stellung hinter dem vom Mord handelnden Absatz. Damit sollte wohl klargestellt werden, daß gemäß Art. 41 (= Art. 40 des ersten Entw.) die leidenschaftliche Aufwallung nur dann strafmildernd wirke, wenn nicht einer der Mordfälle vorliege.

Auch in der zweiten Lesung lehnte die Expertenkommission den Vorschlag, Mord und Totschlag durch das Merkmal der Gemütserregung abzugrenzen, ab. Auch der Vorschlag, das Merkmal der „leidenschaftlichen Aufwallung" im Tatbestande des Totschlags (nach dem Vorbilde der österr. Entwürfe) durch dasjenige der „heftigen Gemütserregung" zu ersetzen, fand nicht den Beifall der Kommission.

Der Art. 51 ging demgemäß aus der Beratung der Expertenkommission in folgender gegenüber dem zweiten Stooßschen Entw. unveränderten Gestalt hervor:

„Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus von 10 bis 15 Jahren bestraft (Tötung).

Tötet der Täter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft (Mord).

Tötet der Täter in leidenschaftlicher Aufwallung, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren (Totschlag)."

In der gleichen Fassung erscheint diese Bestimmung als Art. 52 des 1896 erschienenen Vorentw. nach den Beschlüssen der Expertenkommission.

Unverändert kehrt die Bestimmung auch als Art. 60 des Vorentw. vom Jahre 1903 wieder. In seinem Bericht[1]) faßt Stooß die für die Aufstellung der Unterscheidung bisher vorgebrachten Gründe noch einmal zusammen. Obwohl diese Zusammenfassung nichts wesentlich Neues bringt, so sei sie doch hier im Wortlaut angeführt, weil sie uns die abschließende Erörterung der Frage (unten § 9) erleichtert und vereinfacht.

„Ob der Täter mit Vorbedacht oder ohne Vorbedacht, mit Überlegung oder ohne Überlegung einen Menschen getötet hat, hängt daher einzig davon ab, ob die Bildung des Entschlusses in höherem oder geringerem Grade auf ruhiger, verstandesmäßiger Erwägung beruht, oder ob die Verstandstätigkeit durch Impulse beherrscht war. Das ist in dem einzelnen Fall schwierig zu entscheiden, weil die Bildung des Entschlusses ein innerlicher Vorgang ist und insbesondere, weil die Bildung des Entschlusses sich je nach der

---

[1]) II 3.

geistigen Veranlagung und dem Temperament eines Menschen sehr verschieden gestaltet.

Es gibt Menschen, die blitzschnell Entschlüsse fassen und doch überlegt handeln, andere, die langsam denken und Entschlüsse fassen, um schließlich vielleicht doch einem plötzlichen Impuls zu erliegen. Rasches Entschließen und Handeln schließt daher Vorbedacht und normale Überlegung keineswegs aus. Wenn auch die Tat in augenscheinlicher Erregung ausgeführt wurde, so kann sie doch auf ruhiger, verstandesmäßiger Erwägung beruhen, wenn nämlich der Täter erst während der Ausführung des Entschlusses in Erregung geriet. Je nach dem Temperament äußert sich auch die Erregung anders. Ein Landmann der deutschen Schweiz und ein italienischer Arbeiter bieten für den Psychologen ein wesentlich anderes Bild dar. Bedenkt man, daß die Entscheidung, ob die Handlung als Mord oder als Totschlag anzusehen sei, das Maß und die Art der Strafe vorsätzlicher Tötung bestimmen soll, bedenkt man, daß es vorwiegend Geschworene sein würden, die darüber entscheiden, so wird der Entwurf gerechtfertigt sein, der dieses vage und fließende Unterscheidungsmerkmal von Mord und Totschlag nicht beibehält."

III. Die japanischen Entwürfe.

Das geltende japanische StrGB. von 1880 steht unter dem Einflusse des französischen Rechts (Boissonade). Aber auch hier zeigt sich in den neueren legislatorischen Arbeiten das deutliche Bestreben, über die auf das Merkmal der Überlegung aufgebaute qualitative Unterscheidung von Mord und Totschlag hinwegzukommen und für die quantitative Abstufung in der Bestrafung eine neue Grundlage zu gewinnen. Der Entw. 1899 hat auf den Ausdruck Mord vollständig Verzicht geleistet. Er hebt aber in Art. 258 folgende Fälle der qualifizierten vorsätzlichen Tötung hervor:

1. Tötung eines Verwandten aufsteigender Linie;
2. Tötung mit Überlegung;
3. Tötung von zwei oder mehreren Personen;
4. Tötung mittels Verstümmelung, körperlicher Folterung oder sonstiger barbarischer Handlungen;
5. Tötung, um die Begehung eines Verbrechens zu erleichtern oder um sich der Strafe wegen eines früher begangenen Verbrechens zu entziehen.

Die Überlegung ist mithin zu einem qualifizierenden Merkmale unter einer ganzen Reihe von solchen geworden.

Der Entw. 1903 wiederholt diese Bestimmungen mit geringfügigen Änderungen.

IV. Das russische Strafgesetzbuch von 1903.

Auch das geltende russische Recht hat, wie bereits erwähnt[1]), das Merkmal der Überlegung zur Unterscheidung von Mord und Totschlag verwendet. Wissenschaft und Rechtsprechung schlossen sich auch in der Auf-

---

[1]) Oben § 6 I.

fassung dieses Merkmals der Begriffsbestimmung des Art. 297 c. pénal an und legten das entscheidende Gewicht auf das zeitliche Moment, also auf den vorhergefaßten Entschluß.[1])

Bei der Beratung des neuen Gesetzbuches, das, da es noch nicht in Kraft getreten ist, an dieser Stelle behandelt werden muß, hat man die Unterscheidung aufgegeben.[2])

Dabei wurde Gewicht darauf gelegt, daß die Auslegung und Anwendung des § 211 RStrGB. in der deutschen Wissenschaft wie in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte zu einer ganzen Reihe von Streitfragen Anlaß gegeben und daß sich die deutsche Literatur überwiegend gegen die Verwendung des Merkmals der Überlegung ausgesprochen habe. Nach alter germanischer wie romanischer Auffassung sei Mord nicht die überlegte, sondern die heimliche oder aus verwerflichen Motiven erfolgte Tötung. „In Erwägung dieser Umstände und im Hinblick auf die Abänderung der Strafabstufungen ... hat die Redaktionskommission vorgeschlagen, die Unterscheidung zwischen vorbedachter und nicht vorbedachter Tötung nicht in den Entwurf aufzunehmen, sondern beide Fälle unter den Begriff der vorsätzlichen Tötung zu bringen und es dem Gericht zu überlassen, bei Festsetzung der Strafe die Überlegung des Angeklagten, seine Kaltblütigkeit, die bei der Tat gezeigte verwerfliche Gesinnung usw. zu berücksichtigen, sofern diese Umstände ergeben, daß die verbrecherischen Neigungen dem Angeklagten fest eingewurzelt sind oder von besonders lasterhaften Eigenschaften oder einem besonders schlechten Charakter oder einer besonders gemeinen Sinnesrichtung zeugen.“

Demgemäß stellt Art. 384 den allgemeinen Begriff der Tötung an die Spitze. Dabei wird das Wort „vorsätzlich“ gestrichen, da es sich aus dem Gegensatz zur fahrlässigen Tötung von selbst verstehe. Aus dem Regelfall heben sich einerseits die schwerer bestraften Fälle ab. Während jener mit Zwangsarbeit nicht unter 8 Jahren bedroht ist[3]), steigt die Strafe auf lebenslange Zwangsarbeit (Art. 385), wenn die Tötung an der Mutter oder an dem ehelichen Vater begangen ist[4]); lebenslange Zwangsarbeit oder Zwangsarbeit nicht unter 10 Jahren tritt in neun durch Art. 386 besonders hervorgehobenen Fällen ein. Diese Kasuistik ruht auf der Grundlage des geltenden russischen Rechtes, ist aber diesem gegenüber vereinfacht. Sie trägt daher national-russisches Gepräge, mag aber als jüngster Versuch in dieser Richtung hier mitgeteilt werden.[5])

[1]) Vergl. Foinitzky StG. II 302.

[2]) Die Übersetzung des Gesetzes und die Auszüge aus den Motiven verdanke ich Herrn Ref. Dr. Weidemann.

[3]) Dabei ist zu beachten, daß Art. 45 allgemein dem Richter ein sehr weitgehendes Milderungsrecht einräumt.

[4]) Nach Art. 43 findet die Schärfung auf nicht verwandte Teilnehmer keine Anwendung.

[5]) In allem Wesentlichen übereinstimmend die Unterscheidungen des bulgarischen StrGB. von 1896 (Art. 247—249), das auf den Arbeiten der russischen Gesetzgebungskommission ruht.

Die schwerere Strafe des Art. 386 trifft die Tötung:

1. des Ehemannes oder der Ehefrau, eines Verwandten aufsteigender oder absteigender Linie, des leiblichen Bruders oder der leiblichen Schwester;

2. eines Geistlichen während der Ausübung des Gottesdienstes oder einer geistlichen Amtshandlung;

3. eines Organs der Staatsgewalt oder einer Person, die öffentliche Pflichten erfüllt, bei oder aus Anlaß der Erfüllung dieser Pflichten;

4. einer Schildwache, welche die Person des regierenden Kaisers oder eines Mitgliedes des kaiserlichen Hauses beschützt;

5. des Hauptes eines fremden Staates;

6. in einer für das Leben vieler Personen gefährlichen Ausführungsart;

7. in einer für den Getöteten besonders qualvollen Ausführungsart[1]);

8. in gewinnsüchtiger Absicht[2]);

9. in der Absicht, die Verübung eines anderen Verbrechens zu erleichtern.

Diesen qualifizierten Fällen stehen zwei milder bestrafte Fälle gegenüber:

1. Fall: wenn der Entschluß zur Tat und die Ausführung unter dem Andrang einer starken seelischen Erregung erfolgte; hier tritt eine weitere Milderung ein, wenn die Gemütsbewegung durch eine Provokation von seiten des Getöteten hervorgerufen worden war.

2. Fall: wenn sich der Täter einer Überschreitung der Grenzen der Notwehr schuldig gemacht hat, sofern dies nicht zur Abwehr eines Anschlages auf das Leben oder einer Notzucht geschieht.

§ 9.

Zusammenfassung der Ergebnisse.

I. Das Merkmal der Überlegung oder der Prämeditation. II. Das Merkmal der Gemütserregung. III. Der Mord als die besonders verwerfliche Tötung. IV. Ist die begriffliche Unterscheidung von Mord und Totschlag überhaupt berechtigt?

I. Das Merkmal der Überlegung oder der Prämeditation.

Die Verwendung des Merkmals der Prämeditation oder der Überlegung[3]) zur Unterscheidung von Mord und Totschlag findet sich, wie wir gesehen haben, in der großen Mehrzahl der heute geltenden StrGB. Dabei handelt es sich um qualitative, also begriffliche Unterscheidungen innerhalb der gemeinen vorsätzlichen Tötung, also nicht bloß um Abstufungen des Strafmaßes. Die §§ 211 und 212 des RStrGB. spiegeln uns also eine Entwicklungsstufe wieder, die etwa mit dem c. pénal von 1791 erreicht worden ist und auch heute noch nicht als überwunden bezeichnet werden kann.

[1]) Das soll, wie die Motive erklären, subjektiv aufgefaßt werden; d. h. nicht nach der objektiven Gestaltung, sondern nach der Willensrichtung des Täters.

[2]) Die Motive erwähnen den Lohnmord, den Raubmord, den Mord am Erblasser.

[3]) Wie aus dem bisher Gesagten (oben S. 39) hervorgeht, kann ich einen wesentlichen Unterschied zwischen Vorbedacht (préméditation) und Überlegung (délibération) nicht zugeben. Ich habe sie daher auch in der folgenden Erörterung nicht auseinandergehalten.

Wohl aber konnten wir eine ausgesprochene Neigung der Gesetzgebung feststellen, über diese Entwicklungsstufe hinauszukommen. Schon die südromanischen Rechte und unter ihnen in erster Linie das italienische StrGB. kennen die Unterscheidung des französischen Rechts nicht mehr. Wenn sie auch an dem Begriff des Vorbedachtes festhalten, so haben sie doch seine Bedeutung herabgesetzt; er ist ihnen nicht mehr als einer von einer ganzen Reihe erschwerender Umstände. Freilich führt uns diese Kasuistik vielfach, wie im spanischen und portugiesischen Rechte, auf alte gemeinrechtliche Unterscheidungen zurück: Die Begriffe des parricidium, des homicidium proditorium, des assassinium als Banditenmord, des latrocinium, des veneficium spielen da noch ihre Rolle. Aber wenigstens das italienische StrGB. und die ihm folgenden süd- und mittelamerikanischen Gesetzbücher der letzten 20 Jahre führen uns nicht nur über das gemeine Recht, sondern gerade auch über den c. pénal, und damit über das RStrGB. ganz wesentlich hinaus.

Unverkennbar zeigt sich diese Entwicklungsrichtung in den neueren Strafgesetzentwürfen. Zwar kehrt der letzte unter den österreichischen Entwürfen, E. VII, zu der Unterscheidung des RStrGB. zurück; aber die Betrachtung der aufeinanderfolgenden Vorschläge zeigt deutlich, daß weder die Regierungen noch die parlamentarischen Ausschüsse sich innerlich mit dieser Unterscheidung befreunden konnten, und daß es nur die scheinbare Unmöglichkeit einer anderen Lösung war, die sie zu jenem Rückgriff veranlaßt hat.

Bewußt bricht das russische StrGB. 1903 mit der alten Unterscheidung von Mord und Totschlag. Das gleiche gilt von den japanischen Entwürfen. Allen voran aber zeigt die Geschichte des Schweizer Entwurfs, daß die Anhänger des französischen Dogmas sich in der Minderheit befinden, und daß eine starke volkstümliche Strömung in neue Bahnen drängt.[1])

Gegen die Beibehaltung der Überlegung als des Unterscheidungsmerkmales zwischen Mord und Totschlag spricht aber auch eine ganze Reihe von Gründen.

Es muß vor allem auf die Unklarheit des Begriffes selbst hingewiesen werden. Der c. pénal hat in Art. 297 eine Legaldefinition gegeben; und doch kann niemand sagen, was Prämeditation im Sinne des französischen Rechtes bedeutet. Wenn die einen das zeitliche Moment betonen und verlangen, daß die Ausführung der Tat auf Grund eines vor der Tat gefaßten Entschlusses erfolgt sei, legen die anderen das Schwergewicht auf das psychologische oder das physiologische Moment und fordern dort die ruhige Abwägung der für und gegen die Tat sprechenden Gründe, hier Kaltblütigkeit des Täters. Andere verbinden das zeitliche Moment mit dem

[1]) Unter den jüngsten Gesetzgebungen ist allerdings eine, die gegen die Annahme einer allgemeinen Entwicklungstendenz angeführt werden kann: das ist das neue norwegische StrGB. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß die Motive zu den norwegischen Entwürfen auf die legislative Frage gar nicht näher eingehen.



psychologischen und dem physiologischen, und wieder andere stellen alles auf das planmäßige Vorgehen des Täters ab, der sich vor der Tat über Mittel und Wege der Ausführung klar geworden ist. Aus dem Wortlaut des Gesetzes läßt sich kein Schluß darauf ziehen, was der Gesetzgeber eigentlich gedacht und gewollt hat. Daß aber der Verzicht auf eine gesetzliche Festlegung des Begriffes den Streitfragen über seinen Inhalt kein Ende bereitet hat, das lehrt jeder tiefere Einblick in Literatur und Rechtsprechung der verschiedenen Länder.

Zu diesen Streitfragen tritt in allen einschlagenden Rechten die weitere, ob die Überlegung ein konstitutives Begriffsmerkmal des Mordes oder ein persönlicher Umstand ist, wie also die Teilnehmer an einem Mord, die ohne Überlegung gehandelt haben, und die Teilnehmer an einem Totschlag, die mit Überlegung gehandelt haben, zu beurteilen sind. Und wenn gerade die scharfsinnigsten Kriminalisten die höchstpersönliche Natur der Überlegung behaupten — geben sie damit nicht deutlich zu erkennen, daß der Versuch des Gesetzgebers, zu einer qualitativen, begrifflichen Unterscheidung zu gelangen, gescheitert sei?

Ein Begriff aber, der bei jedem Schriftsteller einen andern Inhalt hat, der die Rechtsprechung führerlos läßt, der die Literatur in unlösliche Widersprüche verwickelt, ist nicht geeignet, die begriffliche Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag und die durch sie begründete Anwendung ganz verschiedener Strafarten zu rechtfertigen.

Geringeres Gewicht lege ich auf zwei andere Erwägungen, die oft genug von den Gegnern der Unterscheidung ins Feld geführt worden sind.

Man hat gemeint, wenn das Merkmal der Überlegung bei den übrigen Gattungsdelikten zu einer weiteren Differenzierung nicht verwendet werde, so sei es folgewidrig, es gerade bei der Tötung dazu zu verwerten. Darauf wäre zu erwidern, daß die Überlegung zweifellos bei allen Delikten zu einer strengeren Bemessung innerhalb des Strafrahmens führen kann[1]), und daß die Potenzierung eines allgemeinen Strafzumessungsgrundes zu einem konstitutiven Unterscheidungsmerkmal in dieser oder jener einzelnen Deliktsgruppe einen logischen Widerspruch nicht in sich schließt.

Stooß hat[2]) geltend gemacht, daß innere, seelische Vorgänge bei Bildung des Entschlusses sich der objektiven Feststellung durch den Richter entzögen, und daß daher die Beweisaufnahme über das Vorhandensein oder Fehlen der Überlegung praktisch auf große Schwierigkeiten stoße. Diese Behauptung beweist zu viel und daher zu wenig. Denn die ganze Schuldseite der Tat besteht in inneren, seelischen Vorgängen, und die Überlegung läßt sich nicht schwieriger nachweisen als etwa der Vorsatz des Täters.

[1]) Die Berücksichtigung der Überlegung haben verschiedene Strafgesetzbücher allgemein vorgeschrieben. Man vergl. Österreich § 43 („je reifer die Überlegung"), Rußland (1866) § 4, Argentinien Art. 84 Nr. 4, Brasilien § 30, Peru Art. 10 Nr. 2 u. a.

[2]) Stooß, Grundzüge II 1; s. o. § 8 S. 57.

Die entscheidende Fragestellung ist vielmehr die folgende: Ist es richtig, daß in der überlegten Tötung die antisoziale Gesinnung des Täters und damit seine größere Gemeingefährlichkeit[1]) besonders deutlich zutage tritt? Diese Frage ist mit aller Bestimmtheit zu verneinen.

Bei der Bejahung der Frage spielt vielfach der Irrtum eine verhängnisvolle Rolle, als wenn der Mangel der Überlegung mit dem Vorliegen des Affektes, also einer heftigen Gemütserregung, gleichbedeutend sei. Ich komme darauf später zurück; hier genügt die Bemerkung, daß der Irrtum heute wohl allgemein als solcher erkannt und zugegeben ist.

Durch die Ausschaltung dieses Mißverständnisses wird die Beantwortung der Frage wesentlich erleichtert. Der Begriff der Überlegung fordert, daß die Hemmungsvorstellungen in das Bewußtsein des Täters getreten sind, und daß trotzdem die zur Tat treibenden Anreize den Sieg davongetragen und den Entschluß zur Tat hervorgerufen haben. Wie in aller Welt soll nun durch diesen „Kampf der Motive“ die größere soziale Gefährlichkeit oder die tiefere sittliche Verworfenheit des Täters dokumentiert werden? Soll es gegen den Täter in die Wagschale geworfen werden, daß er, wie etwa der Vater der Emilia Galotti oder wie Marcus Junius Brutus den aufkeimenden Gedanken der Tötung nicht sofort in die Tat umgesetzt, sondern die für und gegen die Tat sprechenden Gründe sorgfältig in seinem Gewissen geprüft, ihre sittliche und rechtliche Tragweite sich klarzumachen versucht hat, daß er vielleicht auch die Möglichkeit einer Entdeckung und Bestrafung der Tat mit in den Kreis seiner Erwägungen gezogen hat und nun, nach hartem, langem inneren Kampf, zu dem freien Entschluß gelangt ist, die Tat trotz alledem zu begehen? Und warum eigentlich soll es zu seinen Gunsten sprechen, wenn er ohne diese Überlegung, der Regung des Augenblickes folgend, die Tat begeht? Daß die Hemmungsvorstellungen aufgetaucht, aber zu schwach gewesen sind, um das Zustandekommen des Entschlusses zu hindern, kann keinen Grund abgeben, um die Tat und den Täter strenger zu beurteilen; und daß die Hemmungsvorstellungen gefehlt haben, daß sie gar nicht aufgetaucht sind, ist kein Beweis einer weniger antisozialen Gesinnung, sondern eher des Gegenteils. Der Messerheld, der bei dem geringfügigsten Anlaß, ohne jede Überlegung, das Messer dem Gegner in den Leib rennt — soll der wirklich die Milde des Gesetzes verdienen?

Es mag zugegeben werden, daß in einzelnen Fällen die überlegte Tötung strenger zu beurteilen ist als die nicht überlegte; aber um eine begriffliche Unterscheidung innerhalb der vorsätzlichen Tötung zu begründen, dazu reicht diese Möglichkeit nicht aus.

Die Bedenken werden wesentlich verstärkt, wenn die überlegte Tötung mit dem Tode bestraft werden muß, während die nicht überlegte mit einer

[1]) Oder wenn man vom indeterministischen Standpunkt aus lieber will: seine größere sittliche Verworfenheit.

Freiheitsstrafe bedroht ist, die sogar bis auf wenige Monate Gefängnis heruntergehen kann.

In der Literatur finden sich etwa seit 1870 nur wenige Anhänger des französisch-deutschen Systems.[1]) Ich nenne unter ihnen Carrara, Garraud, Getz, Hagerup, Fulci[2]); vielleicht ist auch Alimena[3]) hierherzustellen.

Unter den Gegnern finden wir John, K. J. A. Mittermaier, v. Holtzendorff, Heinze, H. Meyer, Wachenfeld, Stooß, Lammasch, Kahl, van Calker, Merzbach, Goos, Thöne, Quintus, van Hamel, Simons, Tarde, Mancini[4]), Majno, Puglia, Pugliese, Masucci, Ferri, Garofalo, Impallomeni, Bosco[5]) und viele andere.

Wenn die Motive zu den preußischen Entwürfen von 1833 und 1836 die qualitative Unterscheidung von Mord und Totschlag als eine „Spekulation der Schule" bezeichneten, so trifft das heute nicht mehr zu: dem Entwicklungsgange, den, wie wir gesehen haben, die Gesetzgebung zu nehmen sich anschickt, ist die Umbildung der wissenschaftlichen Anschauungen in den meisten Kulturländern längst vorangeeilt.

II. Das Merkmal der Gemütserregung.

In eigenartiger, oft widerlegter und doch immer wiederkehrender Weise verknüpft sich mit der Unterscheidung von Mord und Totschlag nach dem Merkmal der Überlegung die andere nach dem Merkmal der Gemütserregung (der Leidenschaft, des Affekts). Vorliegen der Überlegung soll mit dem Mangel der Gemütserregung, Mangel der Überlegung mit dem Vorliegen der Gemütserregung identisch sein. Dann erscheint der Mord als die überlegte, mit kaltem Blute vollzogene, der Totschlag als die nicht überlegte, in leidenschaftlicher Aufwallung ausgeführte Tötung. Und es würde nach dieser Auffassung, abgesehen von der Fragestellung im schwurgerichtlichen Verfahren, für den Gesetzgeber ganz gleichgültig sein, ob er das Merkmal der Überlegung zur Begriffsbestimmung des Mordes oder ob er das Merkmal der Gemütserregung zur Begriffsbestimmung des Totschlags verwendet oder ob er beide Begriffsbestimmungen nebeneinanderstellt. So haben in der Tat, wie oben S. 39 gezeigt worden ist, die deutschen Landesstrafgesetzbücher bis 1850 und teilweise darüber hinaus den Mord als die überlegte, den Totschlag als die ohne Überlegung in Gemütserregung ausgeführte Tötung bestimmt. Ähnliche Gedanken sind auch bei der Beratung der österreichischen Entwürfe wiederholt hervorgetreten.

Die Auffassung selbst ist aber, wie schon John und Schütze[6]) scharf betont haben, zweifellos falsch. Der Mangel der Überlegung, das blinde Darauflosbandeln braucht nicht notwendig in leidenschaftlicher Aufwallung,

[1]) Die näheren Angaben s. bei der Besprechung der verschiedenen Gesetzgebungen oben §§ 6—8.

[2]) Fulci I 167—187 (mit ausführlicher Polemik gegen v. Holtzendorff).

[3]) Der aber das entscheidende Gewicht auf das Motiv des Täters legt.

[4]) Vergl. Relazione ministeriale Kap. 139 (S. 277 Note 1).

[5]) Bosco 60.

[6]) Vergl. auch Stooß, Grundzüge I 1, oben § 8 S. 57.

es kann sehr gut auch in der ethischen Anästhesie des Täters, in seiner brutalen Gleichgültigkeit gegenüber den Folgen der Tat, in stumpfsinniger Apathie seinen Grund haben. Und umgekehrt ist es sehr gut möglich, daß der Täter trotz der heftigen Gemütsbewegung, etwa über den Treubruch der Ehefrau, die Tat nach allen Richtungen hin überlegt hat, daß alle Hemmungsvorstellungen zur Geltung gelangt sind. Es kann Überlegung trotz Gemütserregung gegeben sein und trotz des kalten Blutes fehlen.

Damit gewinnt aber das legislative Problem eine andere, selbständige Gestalt. Es löst sich in zwei scharf auseinander zu haltende Fragen auf:

1. Soll aus dem Regelfall der gemeinen vorsätzlichen Tötung der durch das Merkmal der Überlegung gekennzeichnete Mord herausgehoben werden?

2. Soll aus dem Regelfall der durch das Merkmal der Gemütserregung gekennzeichnete Totschlag herausgehoben werden?

Die Beantwortung der beiden Fragen kann verschieden lauten. Es kann die eine von beiden bejaht, die andere verneint werden und umgekehrt; es können beide bejaht und beide verneint werden.

Auf die dabei sich ergebenden legislativen Gestaltungen ist hier nicht einzugehen. In den Auseinandersetzungen oben unter I ist die erste Frage verneint worden. Die Frage zwei ist nunmehr selbständig zu untersuchen.

Die Verwertung des Merkmals der Gemütserregung zur Begriffsbestimmung des Totschlags beherrscht, wie erwähnt, die deutsche Partikulargesetzgebung bis 1850.

Aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sei an die Bestimmungen des ungarischen StrGB., des österreichischen Entw. 1874, der ihm folgenden Regierungsvorlage, sowie an die Schweizer Entwürfe erinnert.[1])

Ich halte die voraussetzungslos mildere Behandlung der Gemütserregung für durchaus verkehrt.[2]) Wer in leidenschaftlicher Aufwallung bei dem geringfügigsten Anlaß einen Menschen tötet, beweist damit die denkbar schlimmste antisoziale Gesinnung. Nicht die Gemütserregung ist es, die die Gemeingefährlichkeit des Täters mindert, sondern jene Gemütserregung, die durch erlittene Kränkung ausgelöst worden ist. Darauf komme ich in § 12 noch zurück.

Wenn, wie der österreichische E. I sagt, „der Vorsatz, einen Menschen zu töten, in ein und derselben heftigen Gemütsbewegung gefaßt und ausgeführt worden ist“, so ist damit ein Grund für mildere Bestrafung noch keineswegs gegeben. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein genügender Anlaß für diese „heftige Gemütsbewegung“ vorhanden war oder nicht; im letzteren Fall ist die Strafwürdigkeit nicht gemildert, sondern gesteigert.

---

[1]) Oben § 8.

[2]) Für die begriffliche Auszeichnung der in heftiger Gemütserregung begangenen Tötung sind in der deutschen Literatur u. a. eingetreten: Heinze, Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen, 1870 S. 230; Wachenfeld, Glaser, Stooß, Lammasch; Meyer von Schauensee, Zur Geschichte und Kritik usw., 1897 S. 57.

Derselbe Vorwurf trifft den Schweizer Entwurf. Die „leidenschaftliche Aufwallung" kann einen Milderungsgrund abgeben; sie muß es aber nicht. Man denke an die typische Leidenschaftlichkeit des chronischen Alkoholisten, der beim geringsten Anlaß oder auch ohne jeden äußeren Anlaß in leidenschaftliche Aufwallung gerät, alles kurz und klein schlägt, Frau und Kinder mißhandelt. Wenn der Angeklagte in diesem Zustand der Gemütserregung den Tötungsvorsatz ausführt, so mag man verminderte Zurechnungsfähigkeit annehmen und deshalb eine mildere Strafe (von der Sicherung der Gesellschaft abgesehen) für angezeigt erachten; aber daß die Tat, nur weil sie in leidenschaftlicher Aufwallung verübt wurde, eine geringere antisoziale Gesinnung des Täters, seine geringere soziale Gefährlichkeit, dokumentiert, das sollte man doch nicht im Ernst behaupten.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß zu der Gemütserregung die Provokation hinzutreten muß, um die vorsätzliche Tötung weniger strafwürdig erscheinen zu lassen. Damit sind wir aber über die Frage nach der begrifflichen Abgrenzung von Mord und Totschlag hinübergeführt zu der in den folgenden Paragraphen zu behandelnden Frage, ob und nach welchen Gesichtspunkten innerhalb des einheitlichen Begriffes der gemeinen vorsätzlichen Tötung eine quantitative Abstufung der Strafdrohungen zu empfehlen sei.

III. Der Mord als die besonders verwerfliche Tötung.

Wenn sowohl das Merkmal der Überlegung als auch das der Gemütserregung ungeeignet ist, Mord und Totschlag begrifflich von einander zu scheiden, so fragt es sich, ob nicht diese begriffliche Unterscheidung auf eine ganz neue Grundlage gestellt werden kann.

Das ist in der Tat, wie wir gesehen haben, der die neueren Entwürfe kennzeichnende Gedanke.

Das bulgarische StrGB. von 1896 und das russische StrGB. von 1903 (oben S. 60) haben ihn durchgeführt. Die österreichischen Entwürfe von 1874 und 1881 beruhen auf ihm, während der Entw. von 1889 ihn wieder fallen gelassen hat. Am entschiedensten aber ist dieser legislative Gedanke in den Entwürfen eines eidgenössischen StrGB. verwertet worden. Die kritische Betrachtung wird daher bei diesen einzusetzen haben.

Nach dem Schweizer Entwurf liegt Mord vor, wenn der Täter „aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gift, Sprengstoffen oder Feuer oder, um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, getötet hat."[1])

Daß hier auf jeden einheitlichen Begriff des Mordes Verzicht geleistet ist, daß wir es vielmehr mit einer rein kasuistischen Fassung zu tun haben, liegt auf der Hand. Diese Kasuistik ist nicht ganz so schlimm wie die des russischen StrGB. oder wie die der österreichischen Entwürfe, und sie vermag daher einer oberflächlichen Kritik besser stand zu halten. Aber sie

[1]) van Calker hat in seinem Gutachten an den 26. Deutschen Juristentag, Verhandlungen II 250, diesen Vorschlag aufgenommen.

ist da, unverkennbar da, und mit ihr die Frage, ob denn wirklich die aufgezählten Umstände, sie alle und nur sie, die begriffliche Aussonderung des Mordes zu rechtfertigen vermögen.

Wie Stooß selbst zugibt, sind es nicht weniger als drei untereinander ganz verschiedene Gruppen von Tötungsfällen, die der Entwurf unter einer gemeinsamen Benennung zusammenfassen will. Die Begriffsbestimmung des Mordes und damit seine Abgrenzung von dem Regelfall der gemeinen vorsätzlichen Tötung stützt sich:

1. auf das Motiv der Tat;
2. auf die Begehungsart;
3. auf den Zweck des Verbrechens.

Das ist die erste, schlimmste Schwäche des Vorschlags. Ist der Begriff der unehrlichen Tötung wirklich lebensfähig, wird er vom Volksbewußtsein heute noch getragen, so muß er auch einheitlich erfaßt und lückenlos bestimmt werden können. Kasuistik in der Strafgesetzgebung ist nicht nur ein technischer Mangel, etwa gar bloß ein Schönheitsfehler, sondern stets ein Beweis dafür, daß der Gesetzgeber entweder nicht gewußt hat, was er wollte, oder daß es ihm noch nicht gelungen ist, seinen Gedanken zu jener Reife abzuklären, ohne die nun einmal die legislative Verwertung nicht möglich ist.

Dieser Fehler wiederholt und potenziert sich, wenn wir die einzelnen Gruppen näher betrachten.

Es ist nicht das gemeine Motiv (oder wie man es sonst nennen mag), durch das die vorsätzliche Tötung[1]) zum Morde gestempelt wird. Der Entwurf hat diese grundsätzliche Auffassung vorsichtig vermieden und statt dessen zwei Motive hervorgehoben, die ein für allemal den Begriff des Mordes konstituieren sollen. Also Kasuistik in der Kasuistik! Und noch dazu eine recht bedenkliche. Aus bloßer „Mordlust" handelt der Geistesgesunde überhaupt nicht; die Hervorhebung dieses Motivs ist also ohne jede praktische Bedeutung. Anders steht es mit der „Habgier". Ob diese wirklich ein Motiv oder ob sie nicht vielmehr eine ständige Charaktereigenschaft sei, mag dahingestellt bleiben. Aber es darf wohl die Frage aufgeworfen werden: Ist die Habgier wirklich qualitativ von allen anderen Tötungsmotiven so sehr verschieden, daß ihr Vorliegen die Tötung zum Mord qualifiziert? Stehen Neid und Rachsucht, das Streben nach politischer Macht, das auf blutgetränkten Wegen zum Ziele zu gelangen sucht, und das geschlechtliche Verlangen, das vor dem kindlichen Alter oder der Hiflosigkeit des Opfers nicht zurückscheut, steht der Fanatismus der „Propaganda der Tat" wirklich so hoch über der Habgier, daß sie eine qualitativ andere

[1]) Gerade für die Tötung ist die ausschlaggebende Bedeutung des Motives oft genug, namentlich von v. Holtzendorff und Impallomeni, betont worden. Über die Verwertung des Motivs im Schweizer Entw. darf ich im allgemeinen wohl auf meinen Vortrag über „Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik" (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge II 170) verweisen.

5*

Beurteilung der durch sie hervorgerufenen Tötung verlangen und rechtfertigen?

Es ist aber auch nicht eine besonders verwerfliche Art der Begehung, die aus dem Regelfall der Tötung einen Mord macht. Auch hier Kasuistik. Zunächst die „Grausamkeit". Wie oft ist darauf schon hingewiesen worden, daß die Zurechnungsfähigkeit des Täters im umgekehrten Verhältnis zur enormità del fatto zu stehen pflegt.[1] Wie häufig sind die Fälle, in denen der Täter bei Ausführung der vielleicht sogar überlegten, geplanten Tat völlig den Kopf verliert und in der geistigen Verwirrung, die der ihm ungewohnte Anblick des rinnenden Blutes hervorruft, blindwütend drauf los schlägt oder sticht! Dann die „heimtückische" Ausführung. Sie mag immerhin qualifizierend wirken. Aber wer die Grausamkeit betont, wie der Verfasser des Schweizer Entw., der müßte dem Meuchelmörder, durch den dem Opfer besondere Qualen erspart werden, mildernde Umstände gewähren. Weiter „Gift, Sprengstoffe, Feuer". Man sollte meinen, daß der gemeinrechtliche Giftmord das typische Beispiel der „heimtückischen" Tötung sei, neben dieser also nicht besonders hervorgehoben zu werden brauche. Und warum das Feuer schlimmer sein soll als das Wasser, die Verwendung eines Sprengstoffes gefährlicher als das Ausheben der Eisenbahnschienen — darüber lassen uns die Motive zum Schweizer Entw. im Dunkeln.

Und endlich ist auch nicht die Gemeinheit des Zwecks entscheidend. Auch hier Kasuistik. Zwei Zwecke werden hervorgehoben: die Erleichterung und die Verdeckung eines andern Verbrechens. Darüber ließe sich sprechen. Aber um diesen Fall schwerer zu treffen, bedurfte es wahrhaftig nicht der Galvanisierung des Mordbegriffs.

Stooß hat sich ein großes Verdienst dadurch erworben, daß er die Begriffe „Vorbedacht" und „Überlegung" in die längst verdiente historische Rumpelkammer warf. Das Problem, zu einer neuen Begriffsbestimmung des Mordes zu gelangen, hat er nicht gelöst. Das ist kein Vorwurf: denn das Problem selbst ist unlösbar.

IV. Ist die begriffliche Unterscheidung von Mord und Totschlag überhaupt berechtigt?

Die Beibehaltung der Unterscheidung wäre an sich in der Weise denkbar, wie es der Schweizer Entw. vorgeschlagen, wie es das russische StrGB. von 1903 durchgeführt hat: Die gemeine vorsätzliche Tötung bildet den Regelfall; aus ihr heben sich einerseits die Mordfälle, andererseits die Fälle des Totschlages ab.[2] Ausgeschlossen aber ist es nach dem bisher Gesagten, daß die beiden Begriffe Mord und Totschlag in das Verhältnis der Alternativität gesetzt werden, so daß sie zusammen die sämtlichen

[1]) So, im Anschluß an Pacheco III 23, Carrara § 1247: Ferri, Della imputabilità e della negazione del libero arbitrio, 1878 S. 501; ähnlich Fulci, L'intenzione nei singoli reati, I 86; Puglia II 251.

[2]) Ähnliche Dreiteilung schon bei Krug, Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland, 1857 S. 139.

Fälle des gemeinsamen Oberbegriffes, der gemeinen vorsätzlichen Tötung, erschöpfen.

Hält man an dieser Erwägung fest, so löst sich die aufgeworfene Frage auch hier in zwei Unterfragen auf:

1. Soll der Begriff des Mordes beibehalten werden, und wie ist er zu bestimmen?

2. Soll der Begriff des Totschlages beibehalten werden, und wie ist er zu bestimmen?

Für die Beantwortung beider Fragen wird zunächst die allgemeine Entwicklung der Strafgesetzgebung in Betracht kommen, in der sich das Volksrechtsbewußtsein, wenigstens des betreffenden Einzelstaates, widerspiegelt.

Ein allgemein anerkannter, in das Volksrechtsbewußtsein der Kulturvölker aufgenommener Begriff des Mordes existiert nicht. Der Begriff des murder im englischen common law und der des assassinat im c. pénal oder des asesinato in den spanisch-portugiesischen Rechten; der Begriff des Mordes im Deutschen StrGB. und in dem geltenden österreichischen Recht oder im Schweizer StrGEntw. umfaßt wesentlich verschiedene Erscheinungsformen der gemeinen vorsätzlichen Tötung. Eine gemeinsame Rechtsüberzeugung der Kulturstaaten ist zweifellos nicht vorhanden. Aber auch für die Gebiete des Deutschen Reiches läßt sich ein volkstümlicher Begriff des Mordes nicht behaupten. Einmal deshalb, weil darüber, was „Überlegung" eigentlich ist, die Meinungen nach allen Richtungen hin auseinandergehen, so daß jede Rechtsbelehrung, die der Vorsitzende im schwurgerichtlichen Verfahren seinen Geschworenen vorträgt, er mag sie fassen, wie er will, stets bei einem großen Teil der Rechtskundigen auf Widerspruch stoßen wird. Dann aber, weil, wie jeder Kenner unserer deutschen schwurgerichtlichen Praxis zugeben wird, die Verneinung der Überlegung durch die Geschworenen vielfach auf Erwägungen beruht, die außerhalb jeder denkbaren Auslegung des Begriffes Überlegung stehen, die aber ihrerseits der begrifflichen Erfassung spotten. Wenn in einem solchen Fall, in dem die Mordfrage verneint und Totschlag angenommen worden ist, die Richterbank das höchste Maß der Totschlagstrafe verhängt, weil nach ihrer Auffassung eben nicht Totschlag, sondern Mord vorliegt, so beweist das unwiderleglicher als die schärfste juristische Deduktion, daß von einem einheitlichen, im Volksrechtsbewußtsein lebendig vorhandenen und mit dem Gesetz sich deckenden Begriff des Mordes keine Rede sein kann.

Nur soviel kann behauptet werden: das Volk pflegt die schwereren Fälle der gemeinen vorsätzlichen Tötung als Mord zu bezeichnen. Die Einreihung des Einzelfalles erfolgt aber nicht nach allgemeinen Gesichtspunkten, sondern nach der Lage der konkreten Umstände.

Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber es in der Hand hat, bei einer Revision seiner Strafgesetzgebung den Mord anders zu bestimmen, als das geltende Recht. Er wird dabei schwerlich mit dem Volksrechtsbewußtsein in ausgesprochenen Gegensatz geraten; er wird aber auch nicht hindern

können, daß die Geschworenen (oder auch die großen Schöffengerichte) den Einzelfall so entscheiden, wie es nicht etwa dem Rechtsbewußtsein des Gesetzgebers, sondern ihrem Rechtsgefühl entspricht.

Hat nun der Gesetzgeber irgend einen triftigen Grund, die schwereren Fälle der gemeinen vorsätzlichen Tötung als Mord zusammenzufassen und diesen begrifflich vom Regelfall zu trennen?

Bisher lag für ihn allerdings ein durchschlagender Grund vor: Die Androhung der Todesstrafe. Seitdem der Gesetzgeber es aufgegeben hatte, die sämtlichen Fälle der gemeinen vorsätzlichen Tötung mit der Todesstrafe zu belegen, mußte er die Fälle aussondern, für welche er diese schwerste Strafart vorbehalten wollte. Und da er den Mut nicht hatte, die Todesstrafe wahlweise neben lebenslanger oder gar neben zeitiger Freiheitsstrafe anzudrohen, blieb ihm gar nichts anderes übrig, als die Fälle, auf welche die absolut angedrohte Todesstrafe Anwendung finden sollte, begrifflich von den übrigen Fällen zu trennen und sie auch durch eine besondere Benennung auszuzeichnen. Sobald aber der Gesetzgeber auf die Todesstrafe oder auch nur auf ihre absolute Androhung verzichtet, ist die Möglichkeit gegeben, der Schwere des einzelnen Falles innerhalb des einen oder der mehreren für die gemeine vorsätzliche Tötung aufgestellten Strafrahmen gerecht zu werden.[1])

Die bahnbrechende Bedeutung des italienischen StrGB. scheint mir in der Tat darin zu liegen, daß es mit dem Begriff auch den Namen des Mordes aufgegeben hat. Nicht nur einzelne der mittel- und südamerikanischen Staaten haben dieses Beispiel bereits nachgeahmt, sondern auch die japanischen Entwürfe stellen sich auf denselben Standpunkt. Wie sehr diese Bewegung dem freilich im allgemeinen mehr empfundenen als bewußten Zuge der Zeit entspricht, geht daraus hervor, daß auch solche Gesetzgebungen, die auf einer ganz anderen Grundlage ruhen wie das italienische, zu demselben Ergebnis gelangt sind. So hat das norwegische StrGB. von 1902, abweichend von den Entwürfen, nur mehr den Ausdruck „Totschlag" verwertet und die Bezeichnung „Mord" auch für die überlegte vorsätzliche Tötung aufgegeben. Dasselbe gilt vom russischen StrGB. von 1903, sowie von dem bulgarischen von 1896, die ebenfalls das Wort „Mord" nicht mehr kennen.

In der Tat bleiben nur zwei Wege übrig: entweder man bezeichnet, wie der österreichische Entw. 1889, alle Fälle der gemeinen vorsätzlichen Tötung (nach Ausscheidung der privilegierten Tötungen und des Totschlages) als Mord, oder, wenn man dazu den Mut nicht findet, dann streiche man den Namen Mord aus der amtlichen Terminologie.

Aber auch der Begriff des Totschlages steht im Volksrechtsbewußtsein nicht fest. Der englische manslaughter und der österreichische Totschlag umfassen auch die tödliche Körperverletzung, und wir haben gesehen, daß auch in der Literatur unserer Tage, vereinzelt allerdings, diese weitere

[1]) Ebenso auch Binding in Grünhuts Zeitschrift, II 661; Merkel, Besprechung (des österr. Entw.), 1867 S. 17.

Begriffsbestimmung gebilligt wird. Der Totschlag unseres deutschen RStrGB. ist etwas wesentlich anderes, als der Totschlag nach den österreichischen Entwürfen von 1874 bis 1891; ob man das Wesen des Totschlages in der leidenschaftlichen Aufwallung überhaupt erblickt oder nur in der durch erlittene Kränkung verursachten heftigen Gemütserregung, führt zu ganz verschiedenen Ergebnissen.

Auch hier wird sich für das Geltungsgebiet des deutschen RStrGB. eine einheitliche, begrifflich abgeklärte, volkstümliche Auffassung nicht feststellen lassen. Auch hier hat also der deutsche Gesetzgeber völlig freie Hand in der Bestimmung des Begriffes. Auch hier aber wird es sich fragen, ob die begriffliche Ausscheidung des Totschlages aus dem Regelfall der gemeinen vorsätzlichen Tötung notwendig ist, oder ob, ohne begriffliche Unterscheidung, die Abstufung der Strafrahmen für die verschiedenen Fälle der gemeinen vorsätzlichen Tötung genügt. Die Antwort auf diese Frage kann erst in dem folgenden Abschnitte gegeben werden.

3. Abschnitt.

Die gemeine vorsätzliche Tötung: die Abstufung der Strafrahmen.

§ 10.

Allgemeine Übersicht.

I. Die Aufgabe. II. Der Stand der Gesetzgebung. III. Die Ergebnisse der Kriminalstatistik. IV. Leitsätze für die Abstufung der Strafrahmen.

I. Die Aufgabe.

Das Ergebnis unserer rechtsvergleichenden Betrachtung kann in die folgenden Sätze zusammengefaßt werden:

1. Die Versuche, zu einer begrifflichen Unterscheidung innerhalb der gemeinen vorsätzlichen Tötung zu gelangen, müssen ausnahmslos als verfehlt bezeichnet werden.

2. Dies gilt in erster Linie von dem Versuch, das Merkmal der Überlegung (der Deliberation) oder das des Vorbedachtes (der Prämeditation) zur positiven Begriffsbestimmung des Mordes, oder das der heftigen Gemütserregung (oder leidenschaftlichen Aufwallung) zur positiven Begriffsbestimmung des Totschlages zu verwenden.

3. Es gilt aber auch von dem Versuch, den „altgermanischen“ Gedanken der unehrlichen Tötung zu neuem Leben zu erwecken und, gestützt auf dieses Merkmal, den Mord von dem Regelfall der gemeinen vorsätzlichen Tötung abzugrenzen und ihn diesem wie dem Totschlag als der Affekttötung gegenüberzustellen.

4. Es bleibt daher nur die Möglichkeit übrig, der verschiedenen Schwere der unter den Gattungsbegriff fallenden Tötungen durch eine Abstufung der für diesen aufgestellten Strafrahmen gerecht zu werden.

Im folgenden soll zunächst, unter Beschränkung auf die wichtigsten Strafgesetzgebungen, gezeigt werden, wie sich die Gliederung der Tötungsfälle in den verschiedenen Rechten der Gegenwart gestaltet (unten II) und von welchen Grundgedanken der Gesetzgeber der Zukunft, unter Zugrundelegung der kriminalstatistischen Ergebnisse (unten III) auszugehen hat (unten IV).

Die einzelnen, in den Gesetzgebungen verwerteten, erschwerenden und mildernden Umstände sollen dann übersichtlich zusammengestellt und kritisch

geprüft werden (§§ 11 und 12). Erst nach Lösung dieser Aufgabe sind bestimmte Vorschläge über die strafrechtliche Behandlung der vorsätzlichen gemeinen Tötung (§ 13) möglich.

II. Der Stand der Gesetzgebung.

1. Das englische common law bietet trotz seiner eingehenden Behandlung zahlreicher Einzelfragen für die Abstufung der Tötungsfälle geringe Ausbeute. Es erschöpft sich im wesentlichen in der Unterscheidung von murder und manslaughter. Selbst die Behandlung der Provokation bildet keine Ausnahme, da sie konstitutives Merkmal für den Begriff des Totschlags ist, also qualitative, nicht bloß quantitative Bedeutung besitzt. Die Unterscheidung zwischen entschuldbaren (excusable) und gerechtfertigten (justifiable) Tötungen hat jede Bedeutung verloren; in dem einen wie in dem anderen Falle tritt Straflosigkeit ein (oben § 2 III).

In den amerikanischen Statutarrechten hat das Streben, das Anwendungsgebiet der Todesstrafe einzuschränken, zu Unterscheidungen innerhalb des Mordes geführt. Aber auch diese vermögen dem kontinentaleuropäischen Gesetzgeber keine neue Anregung zu geben. Der einzige legislative Gedanke, der aus der Auszeichnung des „Mordes im ersten Grade“ gewonnen werden kann, ist die Schärfung durch die Verbindung der Tötung mit einem anderen, besonders mit einem gemeingefährlichen Verbrechen.

2. Die StrGB. der französisch-deutschen Gruppe haben außerhalb der begrifflichen Unterscheidung von Mord und Totschlag nur eine dürftige Gliederung der Strafdrohungen. Die Hervorhebung einiger Beispiele muß und kann genügen.

Der c. pénal kennt außer der préméditation als erschwerendem Fall noch die der überlegten Tötung in der Bestrafung gleichgestellten Fälle des guet-apens, des parricide und des empoisonnement sowie die Verbindung der Tötung mit einer anderen Straftat. Dazu treten die milder bestraften Fälle des homicide excusable: Tötung auf Provokation, bei Abwehr eines am Tage erfolgenden Einbruchs, der ehebrecherischen Ehefrau und ihres Mitschuldigen.

Dagegen hat Bayern 1813 in Art. 152 eine reiche Liste von schweren Fällen des Mordes: von der Tötung einer „Person der landesherrlichen Familie“ bis zum Giftmord. Den letzten Ausläufer dieser Richtung innerhalb der deutschen Landesstrafgesetzgebung bildet Hamburg 118: wird der Mord verübt, „um zu rauben, um Lohn, durch Gift oder Brand, mit Peinigung des Entleibten, von mehreren, welche sich zu dem Verbrechen vereinigten, an einer Schwangeren, deren Zustand der Täter kannte, an Angehörigen des Täters, oder an einem Beamten während der Ausübung seines Amts“, so tritt die Todesstrafe ein.

Die übrigen deutschen StrGB. verzichten mehr und mehr auf diese Kasuistik. Dem preußischen folgend, hebt RStrGB. neben dem streng einheitlichen Begriff des Mordes milder und schwerer bestrafte Fälle nur beim Totschlag hervor. Milder bestraft wird der Totschlag auf Provokation

oder bei Vorliegen anderer mildernder Umstände, strenger bestraft der Totschlag bei Unternehmung einer strafbaren Handlung und gegen Verwandte aufsteigender Linie.

Ungarn hält ebenfalls den einheitlichen Begriff des Mordes ungeteilt fest, unterscheidet jedoch innerhalb der vorsätzlichen, nicht überlegten Tötung, vielfach über das RStrGB. hinausgehend, eine Anzahl schwerer und milder bestrafter Fälle. Die Strafe der vorsätzlichen Tötung, die im Regelfall Zuchthaus von 10 bis zu 15 Jahren beträgt, steigt auf lebenslanges Zuchthaus (§ 280), wenn sie von dem Täter an einem ehelichen Verwandten aufsteigender Linie, an seinem Ehegatten, an mehreren Menschen oder durch ein uneheliches Kind an seiner leiblichen Mutter oder im Falle der Legitimation an seinem natürlichen Vater verübt wurde. Milder bestraft wird (§ 281 Abs. 1) die vorsätzliche Tötung, wenn der Vorsatz in einer heftigen Gemütsbewegung des Täters gefaßt und auch sofort ausgeführt wurde; die Strafe beträgt Zuchthaus bis zu 10 Jahren. Wurde die heftige Gemütsbewegung jedoch dadurch hervorgerufen, daß der Getötete den Täter oder dessen Angehörige widerrechtlich schwer mißhandelt oder beleidigt hat, und wurde die Tötung in dieser Aufregung auch sofort ausgeführt, so ist auf Kerker bis zu fünf Jahren zu erkennen (§ 281 Abs. 2). Die an einem Verwandten auf- und absteigender Linie oder an dem Ehegatten in heftiger Gemütsbewegung begangene Tötung ist mit Zuchthaus von 5 bis zu 10 Jahren zu bestrafen. (§ 281 Abs. 3.)

Das niederländische StrGB. bleibt umgekehrt hinter der Gliederung des RStrGB. zurück. Es kennt, abgesehen von der Unterscheidung von Mord und Totschlag, nur einen erschwerenden Fall des Totschlages: die Verbindung der Tötung mit einem anderen Verbrechen. (Art. 288.) In den niederländischen Entwürfen 1875—1879 war daneben noch einerseits die Erschwerung des Totschlages wegen seiner Richtung gegen bestimmte Angehörige des Täters, andrerseits Strafmilderung für den Totschlag auf Provokation vorgeschlagen. Auf Wunsch der Kammern wurden beide Abstufungen gestrichen und so das System der Strafdrohungen sehr wesentlich vereinfacht.

Auch die skandinavischen Rechte begnügen sich neben der Unterscheidung von Mord und Totschlag mit einer geringen Zahl von Abstufungen. Schweden bestraft milder den Totschlag auf Provokation (14 § 3 Abs. 2), härter dagegen den Totschlag, den ein zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurteilter begeht. (§ 6.) Nach § 35 wird Mord und Totschlag gegen gewisse Angehörige oder gegen den Herrn oder den Vorgesetzten des Täters als besonders erschwerend betrachtet. Finnland 21 § 2 hebt ausschließlich den Totschlag auf Provokation hervor, ohne irgendwelche weitere Unterscheidungen zu machen. Auch Norwegen 1902 beschränkt sich auf einige wenige Schärfungsgründe. Während die Strafe der vorsätzlichen Tötung im Regelfalle nicht unter 6 Jahren Gefängnis beträgt, kann (§ 233 Abs. 2) auf lebenslanges Gefängnis erkannt werden, wenn der Schuldige

mit Überlegung gehandelt oder den Totschlag begangen hat, um ein anderes Verbrechen zu erleichtern oder um sich der Strafe wegen eines solchen zu entziehen. Das gleiche gilt im Rückfall, sowie wenn sonst besonders erschwerende Umstände vorliegen.

3. Auf einem ganz andern Standpunkt steht das geltende russische Recht, das eine ganze Reihe von erschwerenden Umständen aufstellt und daneben einige wenige mildere Umstände kennt. Da das russische StrGB. 1903 diese reiche Kasuistik zwar etwas vereinfacht, im übrigen aber beibehalten hat, kann auf die bereits oben § 8 IV angeführten Bestimmungen verwiesen werden. Das bulgarische StrGB. 1896 stimmt, wie bereits erwähnt, mit dem russischen von 1903 in allem Wesentlichen überein.

4. Die spanisch-portugiesische Gruppe kennzeichnet sich insbesondere durch die bevorzugte Stellung, die sie dem parricidio, der Verwandtentötung, gibt. Meist wird er, wie in Spanien, an die Spitze der Tötungsfälle gestellt. Dann erst folgt der Mord, der asesinato, mit seiner uns bereits bekannten reich ausgebildeten Kasuistik. Mehrfach wird auch, wie in Portugal, die Vergiftung (envenenamiento) als selbständiger Fall neben dem Mord besonders hervorgehoben. Entschuldigungsgründe führen, vielfach nach dem Vorbilde des c. pénal, zu milderer Strafe. Der Totschlag fließt häufig mit der fahrlässigen Tötung zusammen und gibt zu weiteren Unterscheidungen keinen Anlaß.

Italien hebt, wie schon (oben S. 48) bemerkt, aus den Fällen der einfachen vorsätzlichen Tötung in sorgfältiger Abstufung die omicidi aggravati und qualificati hervor. Die milder bestraften Fälle sind schwach entwickelt.

5. Die neueren Entwürfe bewegen sich, soweit sie nicht bei dem Standpunkt des RStrGB. stehen bleiben oder zu ihm zurückkehren, in derselben Richtung. Sie legen das Schwergewicht auf die Ausscheidung der schwersten Tötungsfälle, während für sie das Bedürfnis zu einer Ausscheidung milder zu bestrafender Fälle zurücktritt. Eine Ausnahme bildet der Schweizer Entwurf, der von dem Regelfall der gemeinen vorsätzlichen Tötung einerseits den Mord, andrerseits den Totschlag absondert.

III. Die Ergebnisse der Kriminalstatistik.

Es ist eine bekannte, besonders durch die sorgfältigen Untersuchungen Boscos festgestellte Tatsache, daß in allen größeren Staaten die Zahl der Verurteilungen wegen gemeiner vorsätzlicher Tötung in langsamer Abnahme begriffen ist. Das gilt selbst für Italien, dessen Bevölkerung, im Verhältnis zu den übrigen Kulturnationen, eine bedenkliche Neigung zu blutigen Gewalttaten aufweist. Ich muß mich hier auf die Angaben weniger Zahlenreihen beschränken.

In Frankreich beträgt der Jahresdurchschnitt der abgeurteilten Angeklagten in den einzelnen Jahrfünften von 1826—1900:

bei meurtre: 229, 279, 217, 282, 159, 189, 164, 196, 187, 240, 139, 171, 102, 119, 105, 121, 122, 136, 163, 190, 143, 160, 186, 171, 176, 183;



bei assassinat: 197, 258, 203, 289, 215, 297, 224, 289, 241, 324, 236, 301, 187, 234, 175, 212, 197, 238, 201, 252, 197, 239, 216, 224, 212, 175;

bei parricide: 9, 14, 15, 24, 15, 21, 16, 20, 17, 23, 16, 24, 13, 17, 14, 22, 10, 12, 10, 12, 10, 13, 14, 13, 12, 12.

Die Relativzahlen drücken die absteigende Bewegung noch deutlicher aus: auf 100000 Einwohner wurden wegen assassinat abgeurteilt von 1826 bis 1830: 0,63, von 1896 bis 1900: 0,43.

In England sind im Jahresdurchschnitt der einzelnen (vier) Jahrfünfte vor den assizes und quarter sessions von 1889—1902 abgeurteilt worden:

wegen murder: 68, 63, 65, 64 Personen;
wegen attempt to murder: 28, 35, 38, 40;
wegen manslaughter: 215, 179, 189, 184.

Von 1857/61 bis 1899 ist die Relativzahl der convicted persons (auf 100000 Einwohner berechnet) von 0,61 auf 0,39 gesunken.

Dieselbe Abnahme findet sich in Österreich. Die Zahl der wegen Mordes Verurteilten betrug in dem Jahrzehnt 1870/79: 1732, sie sinkt 1880/89 auf 1559, 1890/99 auf 1304. Die Abnahme beträgt also 24,7 %.

Für Italien berechnet Bosco[1]) die Gesamtzahl der homicides jugés auf 3326 im Jahre 1880, 2445 im Jahre 1885, 2121 im Jahre 1890, 2232 im Jahre 1894 und 2286 im Jahre 1895.

Auch nach der Reichskriminalstatistik ist die Zahl der Mordfälle, wegen deren eine Verurteilung erfolgte, im Sinken begriffen. Während der Jahresdurchschnitt in dem Jahrzehnt von 1882—1891 noch 123 Verurteilungen aufweist, beträgt er im folgenden Jahrzehnt 1892—1901 nur noch 103. Seither weitere Abnahme auf 92 im Jahre 1902, 90 im Jahre 1903. Auf 100000 Personen der strafmündigen Zivilbevölkerung ergibt das für das erste Jahrzehnt 0,26, für das zweite Jahrzehnt 0,20 Verurteilungen, also eine Abnahme von 23,1 %. Diese Abnahme wird nicht etwa durch eine Zunahme der Totschlagsfälle wettgemacht; vielmehr hält sich hier die Zahl der Verurteilungen relativ auf derselben Höhe. Die absolute Zahl betrug im Durchschnitt der ersten zehn Jahre zwar 149, um im folgenden Jahrzehnt auf 168 zu steigen; aber die Relativzahl bleibt in den beiden Jahrzehnten auf 0,32 stehen.[2])

Auf die tieferliegenden Gründe dieser Abnahme kann hier nicht eingegangen werden. Sie entspricht der allgemeinen Entwicklungsrichtung der Kriminalität, die mit dem Steigen von Bildung und Wohlstand die schwersten Formen des gewalttätigen Verbrechens in den Hintergrund drängt. Für den Gesetzgeber ist die Feststellung der Tatsache von großem Wert: sie zeigt ihm, daß er die Strenge seiner Strafdrohungen dieser Verbrechensgruppe gegenüber langsam mildern kann, ohne ein Aufschnellen der Kriminalitätsziffer befürchten zu müssen.

[1]) S. 122 Note 2.
[2]) Die beiden Jahre 1902 und 1903 scheinen eine Zunahme zu ergeben.

IV. Leitsätze für die Abstufung der Strafrahmen.

Die Frage, ob und welche Abstufungen innerhalb der gemeinen vorsätzlichen Tötung, von der begrifflichen Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag abgesehen, gemacht werden sollen[1]), kann endgültig nicht beantwortet werden, so lange weder das Strafensystem unseres künftigen RStrGB. noch seine Verwertung für die Bildung der einzelnen Strafrahmen feststeht.

Dennoch dürften die nachstehenden, in § 13 ergänzten Ausführungen insofern nicht ohne alle Bedeutung sein, als sie die Durchführbarkeit meiner grundsätzlichen Auffassung auf einem scharf umschriebenen Gebiet zu erproben geeignet sind.

1. Dabei kann die Erörterung über die Abschaffung oder Beibehaltung der Todesstrafe ausgeschaltet werden. Ihre Einfügung in meine Vorschläge ist ohne jede technische Schwierigkeit möglich. Denn — und das betone ich mit aller Entschiedenheit —, wenn die Todesstrafe auch beibehalten werden sollte, so muß doch ihre absolute Androhung jedenfalls aufgegeben werden.

Die Betrachtung der Gesetzgebungen hat gezeigt, daß die gesetzliche Auswahl der todeswürdigen Tötungen ohne Willkür gar nicht möglich ist. Und die Rechtsprechung lehrt uns, daß die absolute Androhung der Todesstrafe, ganz besonders im schwurgerichtlichen Verfahren, zur Verneinung der Mordfrage auch in solchen Fällen führt, in welchen die Begriffsmerkmale des Mordes vorliegen. Durch die absolute Androhung wird die „Qual der Wahl“ nicht erspart, sondern verschoben: dem Richter wird sie abgenommen, den Geschworenen wird sie zugewälzt. Und das ist kein Gewinn. Es muß daher auch bei den schwersten Fällen der gemeinen vorsätzlichen Tötung an dem System der Strafrahmen, der relativ bestimmten Strafdrohung, festgehalten werden.

Die alternative Androhung der Todesstrafe findet sich in der Gesetzgebung anderer Länder häufig genug. Für die Entwicklung der englisch-amerikanischen Auffassung ist die oben § 5 III (S. 36) erwähnte lex Curtis von 1897 bezeichnend. Auch die skandinavischen Rechte scheuen, soweit sie die Todesstrafe beibehalten haben, vor ihrer alternativen Androhung nicht zurück: Schweden 14 § 1, Finnland 21 § 1 lassen dem Richter die Wahl zwischen der Todesstrafe und lebenslanger Freiheitsstrafe; dasselbe tun die japanischen Entwürfe von 1899 und 1903.[2])

2. Der ordentliche Strafrahmen für die gemeine vorsätzliche Tötung muß jedenfalls bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe und, wahlweise, bis zu dem Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe aufsteigen. Über die Art der

[1]) Die deutsche Literatur hat sich mit dieser Frage wenig beschäftigt. Zwei Ausnahmen sind allerdings zu verzeichnen. Die eine bildet v. Holtzendorffs Schrift: Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, 1875; die andere die Abhandlung Merzbachs aus dem Jahre 1903. Ich komme auf die Vorschläge dieser beiden Schriftsteller zurück.

[2]) Auch v. Kräwel, GS. XXXVIII 177, spricht sich gegen die absolute Androhung der Todesstrafe aus. Ähnlich auch Peterson, GA. XXXV 445.



Freiheitsstrafe zu sprechen, ist heute zwecklos. Ich denke dabei an die härteste Art, also etwa an Zuchthaus, wenn man dieses beibehalten will. Der Strafrahmen muß anderseits ein möglichst niedriges Mindestmaß haben, um auch die leichtesten Fälle umspannen zu können.

Über dieses Mindestmaß kann man verschiedener Meinung sein. Ich halte das System des niederländischen StrGB., das bei keinem Verbrechen, auch nicht bei Mord, das gesetzliche Mindestmaß (1 Tag Gefängnis) erhöht, für richtig; setze dabei aber freilich voraus, daß das Mindestmaß der Freiheitsstrafe ganz allgemein auf mindestens sechs Wochen erhöht wird.

Kann man sich zu diesem System nicht entschließen, so ist das Mindestmaß, das jetzt unser § 213 aufgestellt, beizubehalten.

Der Gesamtstrafrahmen würde also von sechs Wochen (sechs Monaten) Gefängnis aufsteigen bis zu lebenslanger Zuchthausstrafe (oder Todesstrafe).

3. Diesem Gesamtstrafrahmen gegenüber entsteht die Frage, ob er nicht zu weit gespannt ist, ob er nicht dem richterlichen Ermessen einen zu großen Spielraum läßt. Die Beantwortung dieser Frage hängt von dem grundsätzlichen Standpunkte ab, den der Gesetzgeber der richterlichen Strafzumessung gegenüber einnimmt. Nehmen wir an, daß die Frage bejaht wird, so kann die Einengung des Spielraumes entweder durch Ausscheidung schwerer oder durch Ausscheidung milder zu bestrafender Fälle oder durch Ausscheidung beider Gruppen erfolgen.

Die Ausscheidung der schwereren Fälle schließt in sich, daß für diese ein höheres Strafmindestmaß aufgestellt wird. Sagen wir beispielsweise Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren. Die Ausscheidung der milderen Fälle schließt in sich die Aufstellung eines niedrigeren Höchstmaßes; beispielsweise bis zu fünf Jahren. Unter allen Umständen muß nach dem oben § 4 I Gesagten das Mindestmaß der Strafe für die schwerer bestraften Fälle niedriger sein als das Höchstmaß für die milder bestraften.

In die erste Gruppe kämen diejenigen Umstände, aus denen die größere soziale Gefährlichkeit des Täters erkennbar ist; in die zweite Gruppe diejenigen, aus denen sich das Gegenteil ergibt. Ob man für die erste Gruppe den Namen Mord, für die zweite den Namen Totschlag beibehalten will, ist an sich eine rein terminologische Frage. Ich möchte diese Ausdrücke vermieden wissen, da sie doch immer wieder zu der unrichtigen Auffassung führen würden, als handle es sich nicht um verschieden abgestufte Strafrahmen für dasselbe Delikt, sondern um begrifflich von einander verschiedene Delikte.

Damit kämen wir etwa auf das Schema des Schweizer Entwurfs.

a) Die vorsätzliche Tötung wird, wenn keiner der unter b oder c erwähnten Umstände vorliegt[1]), mit (dem Tode oder mit) lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter sechs Monaten bestraft.

[1]) Gleichzustellen wäre der Fall, daß ein unter b erwähnter mit einem der unter c erwähnten Umstände zusammentrifft. Aber diese Regel gehört in den allgemeinen Teil.

b) Liegt einer der folgenden Umstände vor, so ist auf (Todesstrafe oder auf) lebenslange Freiheitsstrafe oder auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren zu erkennen.

c) Liegt einer der folgenden Umstände vor, so ist auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu erkennen.

4. An dieser Stelle muß unsere Untersuchung unterbrochen werden. Denn um zu der Feststellung der erschwerenden oder mildernden Umstände zu gelangen, bedarf es vorerst eines kritischen Überblicks über die von den verschiedenen Gesetzgebungen zur Schärfung oder Milderung der Strafe verwerteten Sondertatbestände. Nachdem dieser Überblick gewonnen ist (§§ 11 und 12), wird die unterbrochene Erörterung fortgeführt und abgeschlossen werden.

§ 11.

Die schwerer bestraften Fälle.

1. Gruppe: Qualifizierung der Tötung wegen ihrer Richtung gegen eine bestimmte Person. 2. Gruppe: Qualifizierung der Tötung wegen der Art ihrer Ausführung. 3. Gruppe: Qualifizierung der Tötung wegen ihrer Verbindung mit einem andern Delikte. 4. Gruppe: Qualifizierung der Tötung wegen der besonderen Gemeingefährlichkeit des Täters.

Auch der flüchtigste Blick auf die Strafgesetzgebung des 19. Jahrhunderts läßt erkennen, daß das Bedürfnis nach Hervorhebung schwerer zu bestrafender Tötungsfälle ungleich größer war, als das nach der Ausscheidung milder zu bestrafender Tatbestände. Die reiche Fülle der erschwerenden Umstände läßt es ratsam erscheinen, die auf demselben Grundgedanken beruhenden Fälle in Gruppen vereinigt zu betrachten. Gegenüber dem damit erreichten Vorteil größerer Übersichtlichkeit treten die Fehler in den Hintergrund, die jeder solchen Gruppenbildung notwendig anhaften.

1. Gruppe. Qualifizierung der Tötung wegen ihrer Richtung gegen eine bestimmte Person.

I. Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Stellung des Getöteten.

1. Wie in den §§ 80, 81 des RStrGB. wird auch in andern Gesetzbüchern die Tötung des Staatshauptes besonders hervorgehoben; sie wird dann aber nicht bei den Tötungen, sondern in dem Abschnitt über den Hochverrat behandelt. Schon diese Stellung in dem System der Gesetzbücher liefert den ausreichenden Beweis dafür, daß nicht das Leben eines einzelnen Menschen, sondern die Sicherheit der staatlichen Ordnung das eigentliche Angriffsobjekt dieses Verbrechens bildet; daß also die Richtung gegen das Staatshaupt (oder andre ihm nahestehende Personen) nicht erschwerender Umstand der gemeinen Tötung, sondern konstitutives Merkmal eines ganz andersartigen Deliktes bildet. Es braucht daher auf diese Fälle hier nicht weiter eingegangen zu werden.

2. Dasselbe gilt von der Tötung eines fremden Staatshauptes. Soweit sie überhaupt besondere Berücksichtigung beanspruchen kann, gehört sie zu den „Delikten gegen befreundete Staaten". Diese Stellung hat das Delikt auch beispielsweise im niederländischen StrGB. 115. Verfehlt ist die Hervorhebung dieses Falles unter den Tötungsdelikten, wie sie Rußland (1903) 386 Ziff. 5, Bulgarien 248, Ziff. 1 aufweisen.

3. Die Tötung von andern Personen in öffentlich-rechtlichen Stellungen wird mehrfach hervorgehoben. Der c. pénal hat im Art. 233 die vorsätzliche Tötung von öffentlichen Beamten unter die outrages et violences envers les dépositaires de l'autorité et de la force publique gestellt, und, auch wenn ohne Überlegung begangen, mit dem Tode bedroht. Vereinzelt hebt auch die deutsche Partikulargesetzgebung den Fall hervor; so Hessen 253 bei den Tötungen. Italien 365 Ziff. 2 nennt unter den schweren Tötungen die von Volksvertretern und Beamten. Eine ähnliche Bestimmung fand sich im niederländischen Entw. 1875 (310 Ziff. 3), wurde aber auf Wunsch der Kammern gestrichen. Bulgarien 248 Ziff. 2 und 3, sowie Rußland (1903) 386 Ziff. 2 und 3 heben hervor die Tötung eines Geistlichen bei Abhaltung des Gottesdienstes oder bei Vornahme religiöser Verrichtungen sowie die Tötung eines Organs der öffentlichen Gewalt während oder aus Anlaß der Erfüllung seiner amtlichen Verpflichtungen. Rußland fügt in Ziff. 4 noch die Schildwachen hinzu, welche die Person des regierenden Kaisers oder eines Mitgliedes des kaiserlichen Hauses beschützen. Auch die mittel- und südamerikanischen Rechte, sowie die kantonalen StrGB. der Schweiz haben ähnliche Auszeichnungen. Daß Venezuela neben den Ministern auch Erzbischöfe, Bischöfe usw. durch erhöhten Strafschutz auszeichnet, wird mehr den Kulturhistoriker als den Juristen interessieren. Es dürfte kein Anlaß vorhanden sein, diese Beispiele nachzuahmen, und von der im RStrGB. festgehaltenen Gleichstellung der aufgezählten Personen mit den übrigen Staatsbürgern abzuweichen.

II. Berücksichtigung der persönlichen Beziehungen des Getöteten zu dem Täter.

1. Die Verwandtentötung ist nach RStrGB. erschwerender Umstand beim Totschlag.

Das preußische StrGB. hatte einerseits in § 175 Abs. 2 den an einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie oder an dem Ehegatten begangenen Mord durch obligatorischen Ehrverlust ausgezeichnet, anderseits in § 179 den Totschlag an einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie mit dem Tode bedroht.

Die norddeutschen Entwürfe kennen die ersterwähnte Schärfung nicht mehr, behalten aber die Auszeichnung des Aszendententotschlages bei. An die Stelle der Todesstrafe setzte Entw. I lebenslanges Zuchthaus. Die Motive rechtfertigen die Verwendung der zweitschwersten Strafe mit dem Hinweis auf die große Gefährlichkeit der Tat und die unter allen Umständen in ihr liegende tiefe, sittliche Verschuldung und fahren fort: „Wenn der Entw. die

Milderungsgründe des § 187 — entgegen dem Art. 230 des bayrischen StrGB. — für den Totschlag an Verwandten aufsteigender Linie nicht zugelassen hat, so ist hierbei nicht zu übersehen, daß im Gnadenwege Herabsetzungen der Strafen bei diesen Verbrechen nicht selten eintreten. Es schien indessen nicht angemessen, wenn der Gesetzgeber schon in seinem geschriebenen Gesetze für das Zuwiderhandeln gegen das erste Grundgebot der Natur und der Sittlichkeit Entschuldigungsgründe aufweist." § 215 des geltenden Rechtes droht bekanntlich Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder lebenslanges Zuchthaus an.

Die Ausdehnung, die der Begriff des parricidium (proprium und improprium) in der außerdeutschen Gesetzgebung gefunden hat, ist sehr verschieden.

Zumeist werden nur die Verwandten aufsteigender Linie genannt. So in c. pénal 299, der für die meisten deutschen Landesgesetzbücher vorbildlich geworden ist. Der Artikel lautet: „Est qualifié parricide le meurtre des père et mère légitimes, naturels ou adoptives ou de tout autre ascendant légitime." Auf demselben Standpunkte stehen Belgien 395, Portugal 355, der österreichische Entw. I (1874) 223 Ziff. 1, die japanischen Entwürfe 1899 (258 Ziff. 1) und 1903.

Dabei finden sich aber vielfach, sei es schon in den Gesetzbüchern selbst, sei es in der Anwendung, Beschränkungen bezüglich des unehelichen Vaters. Nach deutschem Recht muß die Tötung des unehelichen Vaters unter § 215 subsumiert werden, sobald die Vaterschaft im Strafverfahren in freier Würdigung der vorgebrachten Beweise festgestellt ist.[1]) Ungarn 280, Italien 366 Ziff. 1[2]), Uruguay 319 begnügen sich mit der Anerkennung der Vaterschaft; Bulgarien 248 Ziff. 4 bestraft die Tötung des unehelichen Vaters nur dann strenger, wenn der Täter ihm für Erziehung und Unterhalt zu Dank verpflichtet ist. Rußland 1903 hat die Auszeichnung des unehelichen Vaters trotz des in der Kommission gemachten Vorschlages gestrichen.[3])

Die von Frankreich miterwähnten Adoptiveltern hat Belgien fallen lassen; Rumänien 229, Genf 254, Neuenburg 161, Schweden 14 § 35 erwähnen sie. In der Literatur hat die Gleichstellung mit den leiblichen Eltern vielfach Widerspruch gefunden.[4]) Die deutsche Gesetzgebung hat keinen Grund, ihren ablehnenden Standpunkt aufzugeben.

Vielfach wird der Begriff der Verwandtentötung ausgedehnt auf die Kinder oder auf die Deszendenten überhaupt. Das gilt ganz besonders von Italien[5]), das je nach der Nähe der Verwandtschaft das

[1]) So Katzenstein, Z. XXIV 541. Teilweise abweichend v. Holtzendorff HH. III 443.

[2]) Blutschänderische und ehebrecherische Vaterschaft ist ausgeschlossen. Vergl. Puglia 246, Impallomeni 278.

[3]) Motive 45.

[4]) Schon im französischen Staatsrat bei Beratung des c. pénal; ferner bei Chauveau-Hélie Nr. 1120. Vergl. auch Crivellari-Suman VII 718.

[5]) S. oben § 7 II.

parricidium bald als omicidio aggravato, bald als omicidio qualificato bestraft. Zanardelli hebt in seiner Begründung ausdrücklich hervor, daß die Tötung des leiblichen Kindes nicht minder strafwürdig (esecrabile) sei als die Tötung des leiblichen Vaters.[1]) Auf demselben Standpunkt stehen einzelne Schweizer Kantone (Waadt, Freiburg), Spanien 417 (auch Entw. 1884) sowie verschiedene mittel- und südamerikanische Staaten, so Argentinien, Chile, Ecuador, Kolumbien, Paraguay. Rußland (1903) 386 Ziff. 1 (nicht aber Bulgarien) stellt den Aszendenten allgemein die Deszendenten gleich.

Einzelne Gesetzgebungen heben auch die Ehegatten hervor. So, außer Waadt, Freiburg, Spanien, Argentinien, Chile usw. auch Österreich, Ungarn und Italien; Dänemark 191 unter der Voraussetzung des Zusammenlebens; Schweden 14 § 35; Rußland (1903) 386 Ziff. 1. Die niederländischen Entwürfe hatten den Ehegatten erwähnt; auf Wunsch der Kammern wurde die Bestimmung gestrichen.[2])

Schweden und Italien haben auch Tötung der Schwiegereltern ausgezeichnet.

Auch für die Ausdehnung auf die Geschwister lassen sich verschiedene Gesetzgebungen anführen.

Zusammenfassend qualifiziert Rußland (1903) 386 Ziff. 1 die Tötung des Ehemannes oder der Ehefrau, von Verwandten auf- oder absteigender Linie, des leiblichen Bruders oder der leiblichen Schwester. Und Italien, das die Tötung eines ehelichen Verwandten auf- oder absteigender Linie in Art. 366 Ziff. 1 mit ergastolo bestraft, bezeichnet in Art. 365 Ziff. 1 als omicidio aggravato die Tötung des Ehegatten, des Bruders oder der Schwester, der Adoptiveltern oder Adoptivkinder oder einer in gerader Linie verschwägerten Person. —

In einer ganzen Reihe von Rechten ist dagegen die Verwandtentötung überhaupt nicht als qualifizierte Tötung hervorgehoben. So fehlt die Qualifikation dem großen Gebiete des englisch-amerikanischen Rechts.[3])

Das niederländische StrGB. kennt sie nicht, obwohl sie sich in den Entwürfen gefunden hatte; die österreichischen Entwürfe haben sie (im Gegensatz zu dem geltenden österreichischen Recht) seit 1884 fallen lassen, und auch der Schweizer Entw. hat auf sie ebenso verzichtet, wie das norwegische StrGB. —

Aber auch diejenigen Gesetzgebungen, welche die Verwandtentötung auszeichnen, weichen untereinander in ihrer Behandlung weit von einander ab.

---

[1]) Relazione ministeriale Kap. 138 (S. 266).

[2]) Gegen die Hervorhebung des Falles erklärt sich auch Rivarola II 33 (unter Berufung auf Viada y Vilaseca). — Das ältere englische Recht hatte die Tötung des Ehemannes durch die Ehefrau als petit treason bezeichnet; diese Bestimmung wurde beseitigt durch s. 8 der OPA. 1861. Vergl. auch New York 182.

[3]) Stephen History III 95 sagt: „it is singular, that there never was any special punishment for parricide in English law."

Die romanischen Rechte zeigen das Bestreben, das parricidium als selbständiges Delikt von den übrigen Arten der Tötung loszulösen und an die Spitze des ganzen Systems zu stellen.

So schon der c. pénal. Die Tötung des Verwandten aufsteigender Linie ist stets, mag sie mit oder ohne Prämeditation begangen sein, dem Mord gleichgestellt und nach Art. 302 mit der Todesstrafe belegt.[1]) Ähnlich Belgien 395, Spanien 417 (auch Entw. 1884), Portugal 355, sowie die spanischen Tochterrechte (Chile, Ecuador, Kolumbien); das sardinische StrGB. 1859 und die italienischen Entwürfe.

Die übrigen Gesetzgebungen sehen in der Verwandtentötung kein selbständiges Delikt, sondern lediglich einen qualifizierten Fall der gemeinen vorsätzlichen Tötung; soweit sie innerhalb des mit dem Tode bestraften Mordes keinen weiteren Unterschied machen, beschränken sie die Qualifizierung auf den Totschlag. Als Beispiele mögen Italien und Deutschland dienen.

In dem einen wie in dem andern Falle entsteht die alte Frage[2]) nach der Behandlung der nichtverwandten Teilnehmer. Wird die Auffassung, daß die Verwandtentötung eine selbständige Art des Gattungsdeliktes sei, folgerichtig durchgeführt, so muß die Verwandtschaft als Begriffsmerkmal beim Täter vorliegen, und sie wird den nicht verwandten Teilnehmern zugerechnet, wenn sie von ihr Kenntnis gehabt haben. Aber auch, wenn die Verwandtschaft lediglich erschwerender Umstand ist, wird dadurch allein die Anwendung auf die Teilnehmer nicht ausgeschlossen.

Die Ausdehnung der poena parricidii auf die conscii ist herrschende Ansicht in Frankreich und Belgien; sie ist lebhaft bestritten in Italien und Spanien.[3]) Die deutsche Literatur bringt im Gegensatz zu den Franzosen den § 50 StrGB. auch in diesem Falle zur Anwendung.

Vielfach wird die Verwandtentötung noch dadurch vor den übrigen Tötungsfällen ausgezeichnet, daß bei ihr die Annahme mildernder Umstände ausgeschlossen ist. So erklärt der c. pénal 323: „Le parricide n'est jamais

---

[1]) Nach Art. 13 soll bekanntlich der Vatermörder im Hemde, mit nackten Füßen, den Kopf mit einem schwarzen Schleier umhüllt auf den Richtplatz geführt werden. Bis 1832 wurde ihm vor der Hinrichtung die rechte Hand abgehauen.

[2]) L. 6 D. XLVIII 9. — Genau gesprochen, handelt es sich um zwei verschiedene Fälle: 1. Teilnahme des Sohnes an der Tötung des Vaters durch einen Dritten; 2. Teilnahme des Dritten an der Tötung des Vaters durch den Sohn. Beide Fälle sind aber nach demselben Grundsatze zu entscheiden. Daher konnte im Text nur der eine berücksichtigt werden.

[3]) In Frankreich vertreten die herrschende Ansicht, außer Molinier, Trébutien, Rauter, besonders Garraud IV 547 (Nr. 1596), Garçon Note 14 zu Art. 299; Bedenken bei Chauveau-Hélie Nr. 1202. In Italien wird die teoria della non comunicabilità vertreten von Crivellari-Suman VII 814, 720 im Anschluß an Carrara § 1149 und Pessina II 18. Dagegen (de jure condendo) Impallomeni 285, der nach geltendem Recht im Einzelfall feststellen will, ob die persönliche Beziehung die Tat erleichtert hat. In Belgien tritt Nypels II 619, 621 entschieden für die französische Ansicht ein. Über Spanien vergl. Rosenfeld, StG. I 509; die Rechtsprechung scheint sich der französischen Auffassung zuzuneigen.

excusable"; ebenso, wenn auch in wesentlich verbesserter Fassung, Belgien 415, Portugal 355 und verschiedene andere, besonders auch süd- und mittelamerikanische Rechte. Aber auch nach RStrGB. finden die beim Totschlag im allgemeinen zugelassenen mildernden Umstände auf die Verwandtentötung keine Anwendung.[1])

2. Die Berechtigung der Auszeichnung. An eine Erweiterung des Begriffes der Verwandtentötung über den im RStrGB. festgelegten Umfang hinaus wird wohl nicht gedacht werden. Nur darum kann es sich handeln, ob überhaupt ein Bedürfnis vorliegt, die vorsätzliche Tötung eines Verwandten besonders auszuzeichnen.

Die Frage ist zu verneinen.[2]) Gewiß ist die Tötung eines leiblichen Verwandten aufsteigender Linie die schwerste Verletzung des heiligsten und natürlichsten aller persönlichen Bande. Dennoch spricht gegen die Bestimmung unseres § 215 eine doppelte Erwägung. Einmal, daß das Band der Abstammung beide Teile verknüpft, die Eltern so gut wie das Kind; und daß die langsame Tötung eines Kindes durch fortgesetzte Mißhandlung von seiten der leiblichen Eltern häufiger vorkommt als die Tötung der Eltern durch das Kind. Sobald man aber beginnt, den Begriff zu erweitern, gelangt man, das dürfte unsere rechtsvergleichende Betrachtung gezeigt haben, zu willkürlicher Kasuistik.

Weiter aber ist zu erwägen, daß gerade die Familientragödien, die mit der Tötung des Vaters oder der Mutter endigen, zumeist in dem Verhalten des Getöteten selbst ihren letzten Grund haben. Wenn der Vater, der mit seiner Zuhälterin das Geld verpraßt und das Leben der Mutter wie der Kinder durch körperliche Mißhandlung gefährdet, von seinen Opfern getötet wird — dann kann der Fall recht gut so liegen, daß das menschliche Mitgefühl auf seiten des Täters ist und die äußerste Milde angezeigt erscheint. Nach der französischen Statistik der Tötungsmotive führt etwa ein Fünftel aller Tötungen auf dissensions domestiques zurück; mit dieser Tatsache muß der Gesetzgeber rechnen.

Es ist daher zweifellos verkehrt, wenn § 215 RStrGB. beim Aszendententotschlag mildernde Umstände unbedingt ausschließt. Werden diese aber zugelassen, so ist zu einer besonderen Hervorhebung des Falles kein Anlaß mehr. Wie der Blick auf das außerdeutsche Recht ergibt, stehen auch die neueren Gesetze und Entwürfe auf diesem Standpunkt. Sie haben die letzten Reste des parricidium widerspruchslos beseitigt.[3])

---

[1]) Gegen den Ausschluß mildernder Umstände v. Holtzendorff III 443. Bayern 1861 Art. 230 Abs. 2 hatte die Berücksichtigung der Provokation ausdrücklich vorgeschrieben. Gegen das französische System Zanardelli in der Relazione ministeriale Kap. 138 (S. 265).

[2]) § 215 spielt in der deutschen Kriminalstatistik keine Rolle: 1902 wie 1903 sind je fünf Verurteilungen erfolgt (bis dahin hat eine gesonderte Auszählung nicht stattgefunden). Die französischen Ziffern sind oben § 9 mitgeteilt worden.

[3]) Gegen die Auszeichnung der Verwandtentötung auch Merkel, Besprechung (des österr. Entw.) 1867 S. 24.

3. Nur vereinzelt wird die Tötung weiterer Personenklassen mit schwereren Strafen belegt. So von Schweden 14 § 35 die Tötung des Vormundes, des Herrn[1]) oder des Vorgesetzten; vom geltenden russischen Rechte 1452 und von Bulgarien 248 Ziff. 5 die Tötung einer Schwangeren.[2]) Eine Aufnahme dieser Bestimmungen in das künftige deutsche StrGB. ist ausgeschlossen.

2. Gruppe. Qualifizierung der Tötung wegen der Art oder des angewendeten Mittels der Ausführung.

I. Meuchelmord, homicidium proditorum, ist die tückische, die Gegenwehr des Opfers ausschließende Tötung.[3])

Schon das spätere gemeine Recht hatte den Fall ausgezeichnet und das österreichische StrGB. 135 Ziff. 1 kennt ihn noch in seiner alten, den Giftmord einschließenden Ausdehnung. Die moderne Gesetzgebung verwertet den Begriff, nach Ausscheidung des Giftmordes, in doppelter Gestalt.

Die erste ist gegeben durch den Hinterhalt, den guet-apens des französischen Rechts.

Die zweite Gestalt findet sich in der alevosía der spanischen Rechte: in der heimlichen, verräterischen Tötung. Typisch dafür Spanien 419 Nr. 1 (ebenso Entw. 1884); diesem Vorbilde folgt eine ganze Reihe von spanischen Tochterrechten.

Die Bestimmung des c. pénal, der in Art. 296 bei Vorliegen von guet-apens stets assassinat annimmt und in Art. 298 eine Legaldefinition aufstellt, hat in den außerfranzösischen Gesetzgebungen wenig Anklang gefunden. Auch Belgien hat sie fallen lassen, da, wie Nypels[4]) richtig bemerkt, guet-apens nichts ist als „une forme particulière de la préméditation".

Die neueren Gesetze und Entwürfe haben diese Auszeichnung aufgegeben; für ihre Aufnahme in das künftige RStrGB. können ausreichende Gründe nicht angeführt werden.

II. Der Giftmord, das veneficium, ist lediglich durch die Eigenart des angewendeten Mittels gekennzeichnet.[5])

Während Österreich 135 den Giftmord als einen Fall des Meuchelmordes betrachtet, hat der c. pénal 301 ihn neben dem guet-apens besonders hervorgehoben. „Est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne par l'effet de substances, qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées." Art. 302 droht die Todesstrafe an.

Daß diese Bestimmung, die freilich noch Portugal 353 aufgenommen hat, völlig verunglückt ist, wird heute allgemein zugegeben. Sie stellt das

---

[1]) Wie Bayern 1813 Art. 147.

[2]) Auch hier bereits Bayern 1813 Art. 147.

[3]) Ferace, L'omicidio proditorio, 1889; Alimena III 629.

[4]) Nypels II 610. Dagegen, im Anschluß an Pacheco, Alimena III 630.

[5]) Vergl. Alimena III 697; Sautter, Étude sur le crime d'empoisonnement. Thèse, Paris 1896.



Unternehmen der Vollendung gleich; sie straft das attentat mit dem Tode, auch wenn der Täter durch rechtzeitiges Beibringen von Gegengift den Erfolg abgewendet hat.

Belgien 397 hat diese Fehler vermieden: „Est qualifié empoisonnement le meurtre usw." Demgemäß ist die Verhängung der Todesstrafe durch den Eintritt des Todes des Vergifteten bedingt; sie trifft aber auch hier nicht nur den Mord, sondern auch den Totschlag.

Die Auszeichnung der mittels Gift begangenen Tötung findet sich auch sonst sehr häufig. So in einer ganzen Reihe von Schweizer Kantonen (Waadt, Graubünden, Neuenburg, Schaffhausen, Wallis, Genf, Freiburg, Tessin); im geltenden russischen Rechte 1453 Ziff. 5, in Bulgarien 248 Ziff. 10 (nicht aber im russischen StrGB. 1903); ferner in Spanien 418 Ziff. 3 (ebenso Entw. 1884), Portugal 353 und in zahlreichen spanischen Tochterrechten, so in Brasilien 296, Chile 391 Ziff. 3, Costarica 414 Ziff. 3, Ecuador 428 Ziff. 5, Kolumbien 586 Ziff. 4, Mexiko 562, Uruguay 319 Ziff. 3; endlich in Japan 293 (nicht in den Entwürfen), Schweden 14 § 18 u. a.

Ein ganz eigentümliches Schwanken weisen die italienischen Entwürfe auf. Entw. 1868 hat den Giftmord nicht erwähnt; 1870 wurde er aufgenommen, 1874 gestrichen; seit 1876 ist er wieder aufgenommen. Dabei tauchte immer wieder der Zweifel auf, ob eine Tötung durch Gift ohne Vorliegen von Prämeditation denkbar sei.[1]) Da nun die Frage schließlich doch bejaht werden mußte, hielt man es für nötig, in Art. 365 Ziff. 3 die vorsätzliche Tötung durch Gift als omicidio aggravato besonders hervorzuheben. Liegt im Einzelfalle Überlegung vor, so findet Art. 366, also die Strafe des ergastolo, Anwendung. Daß auch der Schweizer Entwurf die Gifttötung besonders hervorgehoben hat, wurde bereits oben § 8 II besprochen.

Nur eine Minderheit von Rechten hat die Gifttötung nicht ausdrücklich erwähnt. Hierher gehört das englisch-amerikanische Recht mit Einschluß der OPA. von 1861; ferner, abgesehen von dem RStrG., das niederländische, ungarische und norwegische StrGB. und die österreichischen Entwürfe.

Ob der § 229 des RStrGB., der die Vergiftung als selbständiges Delikt behandelt, überhaupt oder mit gewissen Veränderungen beizubehalten ist, habe ich an dieser Stelle nicht zu untersuchen; die Aufstellung eines besonders schwer zu bestrafenden Falles der Gifttötung wäre verfehlt. Der alte Satz des römischen Rechts: plus est hominem extinguere veneno quam occidere gladio hat ja auf den ersten Blick manches für sich. Man kann auf die Heimlichkeit der Begehung und die damit gegebene Unmöglichkeit der Verteidigung hinweisen; man kann neben der Schwierigkeit der Verhütung auch die Schwierigkeit der Entdeckung ins Feld führen. Auch die in der Ge-

[1]) Die Motive zum französischen c. pénal von 1791 hatten bekanntlich die Unmöglichkeit eines Gifttotschlages behauptet. Aber schon Rossi hat ein seither oft verwertetes Beispiel eines Totschlags durch Gift gegeben. Carrara § 1184 erzählt einen ähnlichen Fall. „Casi ricercati col lanternino", wendet Impallomeni 312 ein.

schichte des Verbrechens so gar nicht seltenen Fälle mögen angezogen werden, in welchen der Besitz des sicher wirkenden Mittels den Täter oder die Täterin zu einer ganzen Reihe von versuchten oder vollendeten Gifttötungen verlockt hat. Aber alle diese Erwägungen haben für die Gegenwart nur mehr wenig überzeugende Kraft. Seitdem die fortgeschrittene Chemie das Vorhandensein von Gift im Leichnam in den weitaus meisten Fällen mit vollendeter Sicherheit festzustellen vermag, hat das Gift als Tötungsmittel seine praktische Bedeutung zum guten Teile eingebüßt. Die Tötung durch Gift ist heute seltener als die Tötung mit dem Beile oder dem Revolver. Ein Anlaß, den Standpunkt des RStrGB. aufzugeben, liegt nicht vor.

III. Die Grausamkeit bei Ausführung der Tötung. Der c. pénal 303 bestraft: „comme coupables d'assassinat, tous les malfaiteurs, quelle que soit leur dénomination, qui, pour l'exécution de leurs crimes, emploient des tortures ou commettent des actes de barbarie“.

Diese Bestimmung trägt den Charakter des Gelegenheitsgesetzes. Sie bezog sich auf die chauffeurs und garotteurs, die Räuberbanden[1]), die zur Zeit der Abfassung des code ihr Unwesen trieben. Tötungsvorsatz ist nicht erforderlich; die Absicht der Erpressung genügt. Das belgische StrGB. hat daher aus guten Gründen die Bestimmung nicht aufgenommen.

Dagegen finden wir die Auszeichnung in Bayern 1813 und den ihm folgenden deutschen StrGB. Die südromanischen Rechte[2]) heben die Tötung mit ensañamento, also mit in der Wut verübter Grausamkeit, besonders hervor. Sie findet sich in Spanien 419 Ziff. 5 (ebenso Entw. 1884), in Portugal 351 Ziff. 2, sowie in zahlreichen süd- und mittelamerikanischen Rechten.

Das „Peinigen“, „Quälen“, „Martern“ und ähnliche Ausflüsse der Grausamkeit heben ferner hervor: Rußland (1903) 386 Ziff. 7, Bulgarien 248 Ziff. 7, der österreichische Entw. 1874 § 223 Ziff. 5, Japan 295, die japanischen Entwürfe von 1899 (258 Ziff. 4) und 1903.

Italien 366 Ziff. 3 bestraft als omicidio qualificato die Tötung „con gravi sevizie“.

Ich halte aus den schon oben § 9 III angeführten Gründen die Schärfung für bedenklich, zum mindesten aber für entbehrlich. Die Grausamkeit der Ausführung ist vielfach der Ausfluß der Gemütsverwirrung, die den Täter im Augenblicke der Tat befällt. Liegt der Einzelfall besonders schwer, so kann ihm die Ausmessung innerhalb des Strafrahmens gerecht werden.

IV. Die Gemeingefährlichkeit der Ausführungsart wird hervorgehoben im geltenden russischen Recht 1453 Ziff. 1, im russischen StrGB. (1903) 386 Ziff. 6 („in einer für das Leben vieler Personen gefährlichen Ausführungsart“), sowie in Bulgarien 248 Ziff. 6. Da aber in diesen Fällen zumeist die Begehung eines gemeingefährlichen Verbrechens das Mittel der Tötung sein wird, verliert diese Qualifikation ihre selbständige Bedeutung

[1]) Vergl. Chauveau-Hélie Nr. 1296.
[2]) Oben § 7.

und verschwindet in der unten besprochenen dritten Gruppe der erschwerenden Umstände.

3. Gruppe. Die Verbindung der Tötung mit einem andern Delikt.[1])

I. Die Verbindung mit irgend einem andern Delikt.

1. Die rein äußerliche Verbindung mit einem andern Verbrechen genügte zur Strafschärfung schon nach dem französischen c. pénal von 1799. Hier wird als assassinat bestraft „l'homicide qui aura été précédé, accompagné ou suivi d'autres crimes, tels que ceux de vol, d'offence à la loi de sédition ou tout autre". In dieser allgemeinen Fassung ist die Bestimmung übergegangen in Art. 304 des c. pénal von 1810. Seit dem Gesetz von 1832 genügt, um die Todesstrafe eintreten zu lassen, nur noch die äußere Verbindung des Totschlags mit einem Verbrechen i. e. S.; die Verbindung mit einem Vergehen dagegen nur dann, wenn diese Verbindung eine innerliche gewesen ist (unten unter 2). Für die Strafschärfung bei rein äußerlicher Verbindung der Tötung mit einem andern Delikt fehlt es an jedem zureichenden Grunde. Sie hat daher in der außerfranzösischen Gesetzgebung wenig Anklang gefunden und findet sich nur in der kleinen Gruppe von StrGB., die dem c. pénal unbedingt folgen. So in Neuenburg 160, Genf 253, Portugal 351, Rumänien 234, Türkei 174 Abs. 2, Ägypten 213 Abs. 2.

2. Die große Mehrzahl der StrGB. verlangt für den Eintritt der schwereren Strafe eine innerliche Verbindung, eine Zweckbeziehung zwischen der Tötung und einem andern Delikte.

Auch hier war der c. pénal von 1810 vorbildlich. Art. 304 sagt im Abs. 2:

„Le meurtre emportera égalment la peine de mort, lorsqu'il a eu pour objet, soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité des auteurs ou complices de ce délit."

Die Bestimmung fand Nachahmung in verschiedenen Schweizer Kantonen sowie in den älteren italienischen StrGB. Die deutsche Landesgesetzgebung verhielt sich im allgemeinen ablehnend. Wohl aber schloß sich Württemberg 245 an das französische Vorbild an und verhängte (bis zum Gesetz vom 13. August 1849) die Todesstrafe, später lebenslanges Zuchthaus.[2])

Auch Preußen lenkte nach mehrfachem Schwanken in die vom c. pénal gewiesenen Bahnen ein. Im preußischen StrGB. lautet § 178:

„Wer bei Unternehmung eines Verbrechens oder Vergehens, um ein der Ausführung desselben entgegentretendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit dem Tode bestraft".

[1]) Mittermaier, Das Verbrechen des Totschlags im Zusammentreffen mit andern Verbrechen und Vergehen, GA. III 145; Paul Meyer, Die Tötung bei Ausführung eines andern Delikts, Tübinger Diss. 1900.

[2]) Über die Entwicklung des württembergischen Rechts in dieser Materie vergl. P. Mayer S. 6.

Die Bestimmung wurde in der Literatur vielfach angegriffen[1]), aber vom Bremer Entw. (1868) § 306 aufgenommen.

Der erste norddeutsche Entw. wiederholte in § 188 den Tatbestand des § 178 des preußischen StrGB., ersetzte aber die Todesstrafe durch lebenslanges Zuchthaus. Die Motive begnügen sich damit, zur Rechtfertigung der strengen Bestrafung auf die besondere Gefährlichkeit der Tat hinzuweisen. Der Bundesratsentwurf dehnte die Bestimmung auf alle Fälle der Begehung „einer strafbaren Handlung" aus und stellte, freilich ohne Erfolg, die Todesstrafe wieder her. § 214 des geltenden Rechts lautet: „Wer bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthause bestraft."

In der Anwendung hat § 214 zu einer ganzen Reihe von Streitfragen Anlaß gegeben. In erster Linie handelt es sich dabei um den Begriff der „Unternehmung". Während für das preußische StrGB. allgemein angenommen wurde, daß Vorbereitungshandlungen nicht unter diesen Begriff fallen[2]), wird für das RStrGB. überwiegend das Gegenteil behauptet.[3]) Anderseits wird der Begriff der „Unternehmung" ausgedehnt auf die Zeit nach der Vollendung der strafbaren Handlung, so lange noch von „Ergreifung auf frischer Tat" gesprochen werden kann.

Dann aber geben jene Fälle zu Zweifeln Anlaß, in denen die Gewalt überhaupt, die Tötung insbesondere, ein Stück des Tatbestandes, der unternommenen strafbaren Handlung, bildet. Ein Beispiel bildet die bis zur Tötung gesteigerte Gewalt als Mittel der Notzucht.[4])

Trotz dieser Bedenken hat die Mehrzahl der Gesetzgebungen die Qualifikation übernommen; freilich mit vielfachen, hier nicht weiter interessierenden Abweichungen im einzelnen. So die Mehrzahl der Schweizer Kantone, Portugal 351 und verschiedene mittel- und südamerikanische Staaten. Sie findet sich ferner in den Niederlanden 287[5]), Norwegen § 233[6]), Italien

[1]) So abgesehen von Temme, besonders von Mittermaier GA. III 145.

[2]) Vergl. Goltdammer, Materialien II 377.

[3]) So Binding I 30, Hälschner II 45, v. Holtzendorff III 441, Katzenstein 538, v. Liszt 309, Olshausen § 214 Note 2. Frank § 214 II rechnet nur die letzten Vorbereitungshandlungen zum „Unternehmen". Ganz unklar P. Mayer 25. Dagegen will Meyer 460 nur die strafbaren Versuchshandlungen hierher rechnen.

[4]) Vergl. dazu P. Mayer S. 30. — Ganz sonderbar Binding I 30: § 214 „kommt nicht zur Anwendung, wenn der Totschlag von Anfang an als Mittel zur Begehung der andern strafbaren Handlung geplant war". Einen solchen „geplanten", also doch wohl „überlegten" Totschlag vermag ich mir nicht vorzustellen.

[5]) „Totschlag, vor oder bei einer strafbaren Handlung, und in der Absicht verübt, die Ausführung der Handlung vorzubereiten oder zu erleichtern, oder bei Ergreifung auf frischer Tat sich selbst oder andern Teilnehmern an dem Verbrechen Straflosigkeit oder den Besitz des widerrechtlich Entzogenen zu sichern." Die Strafe ist Gefängnis auf Lebenszeit oder bis zu 20 Jahren.

[6]) „Wenn der Schuldige den Totschlag begangen hat, um ein andres Verbrechen zu erleichtern oder zu verheimlichen, oder um sich der Strafe wegen eines solchen zu entziehen." In diesem Falle kann auf lebenslanges Gefängnis erkannt werden.

366 Ziff. 6, Rußland (1903) 386 Ziff. 9[1]), in sämtlichen österreichischen Entwürfen[2]), in den japanischen Entwürfen von 1899 (258 Ziff. 5) und 1903 sowie endlich im Schweizer Entw.[3])

Eingehend wurde die Schärfung bei der Beratung des niederländischen StrGB. besprochen; die Motive heben hervor, daß gegenüber der besonderen Gefährlichkeit der Tat und des Täters die Bestimmungen über Realkonkurrenz nicht ausreichen. Belgien hat den ersten Abs. des Art. 304 c. pénal gestrichen, den zweiten in zwei Teile zerrissen. Es droht die Todesstrafe in Art. 475 und 532, wenn der Totschlag begangen wurde, um einen Diebstahl oder eine Erpressung oder die Zerstörung oder Beschädigung einer beweglichen Sache zu erleichtern oder für diese Tat die Straflosigkeit zu sichern. Belgien gehört mithin in die nächste Untergruppe.

Dieser Einmütigkeit der Gesetzgebung gegenüber müssen die gegen § 214 des RStrGB. erhobenen Bedenken verstummen.[4]) Werden überhaupt besondere Fälle aus dem allgemeinen Tatbestande der gemeinen vorsätzlichen Tötung ausgeschieden, so wird unter ihnen der Tatbestand des § 214 nicht fehlen dürfen. Dabei könnte das Wort „Unternehmung" durch das Wort „Ausführung" ersetzt und es müßte das Mindestmaß der zeitigen Freiheitsstrafe ganz wesentlich herabgemindert werden.

Dabei ist wohl die Frage aufzuwerfen, ob nicht nach dem Beispiele von Rußland 1903 die Tötung, die begangen wird, um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen, auszuscheiden sei. Es ist wiederholt betont worden, daß es sich hier um eine Art des Notstandes, um einen Ausfluß des Selbsterhaltungstriebes, handle.[5]) Ich halte diese Erwägung nicht für durchgreifend. Der „Notstand" ist durch die Tat des Täters verschuldet worden, kann also auf Berücksichtigung keinen Anspruch machen. Das Motiv der Selbsterhaltung aber mildert nicht, sondern schärft eher die Strafwürdigkeit der Tat. Der Einbrecher, der sich der Ergreifung auf frischer Tat mit den Waffen in der Hand widersetzt, beweist dadurch vielmehr seine besondere Gemeingefährlichkeit.

II. Die Verbindung der Tötung mit bestimmten Delikten.

1. Die Verbindung mit gewissen Eigentumsdelikten wird von der Gesetzgebung nur selten als qualifizierte Tötung, häufiger als qualifiziertes

[1]) Hier ist die Schärfung eingeschränkt auf den Fall, daß die Tötung in der Absicht begangen worden ist, die Verübung eines Verbrechens zu erleichtern. Ebenso Bulgarien 248 Ziff. 9.

[2]) Im engen Anschluß an das RStrGB.; die Strafe ist Zuchthaus von 5—20 Jahren. Die einzelnen Entwürfe stimmen untereinander in allem Wesentlichen überein.

[3]) Vergl. oben § 8 II.

[4]) Vergl. Mittermaier GA. III 145, John Entw. 1868 S. 433, Merkel in v. Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Totschlag", P. Mayer 45. — Praktisch ist die Frage nicht von großem Belang. 1902 sind im Deutschen Reich 15, 1903 24 Verurteilungen aus § 214 erfolgt (bis dahin hat eine gesonderte Auszählung nicht stattgefunden).

[5]) So bei der Beratung des preußischen Entw. von 1845; vergl. Goltdammer, Materialien II 377. Auch Geyer Z. VI 563.

Eigentumsdelikt behandelt. Der Begriff des Raubmordes hat seine selbständige Bedeutung verloren. Österreich 135 Ziff. 2 hebt ihn noch hervor. Das geltende russische Recht 1453 Ziff. 4 hat dasselbe getan; in dem StrGB. von 1903 aber wurde die Qualifikation fallen gelassen. Der Entwurf Zanardelli hatte, den älteren italienischen Rechten folgend, die grassazione ausgezeichnet, die Bestimmung ist aber nicht in das Gesetz übergegangen. In einzelnen mittel- und südamerikanischen Rechten, im türkischen und im ägyptischen StrGB. finden sich ähnliche Qualifikationen. Die übrigen Gesetze kennen sie nicht. Auch dem RStrGB. ist der Sonderbegriff des Raubmordes fremd. In der Tat ist diese Qualifikation völlig überflüssig, wenn die Tötung bei Ausführung einer anderen strafbaren Handlung allgemein unter erhöhte Strafe gestellt wird.

2. Dagegen findet sich gerade in den neueren Gesetzen und Entwürfen mehrfach eine Schärfung der Tötungsstrafe für den Fall, daß die Tötung in Verbindung mit einem gemeingefährlichen Delikt begangen wurde.

So haben die amerikanischen Statutarrechte (oben S. 35) die Verbindung der Tötung mit arson, rape, burglary und robbery dazu verwendet, um die todeswürdigen Fälle des murder in the first degree auszuscheiden. Die südromanischen Rechte heben vielfach, nach dem Vorbilde von Spanien 419 Ziff. 3, die Verbindung mit Überschwemmung und Brandstiftung hervor; Italien 366 Ziff. 4 droht ergastolo an, wenn die Tötung mittels Brandstiftung, Überschwemmung, Sinkenmachen eines Schiffes oder mittels eines andern gemeingefährlichen Verbrechens begangen wurde.[1])

Auch nach geltendem russischen Recht 1453 Ziff. 1, Rußland (1903) 386 Ziff. 6 und Bulgarien 248 Ziff. 6 bildet die gemeingefährliche Begehungsart einen Qualifikationsgrund.[2])

Daß der Schweizer Entw. die Tötung mittels Sprengstoffes oder Feuers als Mord behandelt, ist bereits hervorgehoben worden.

Der diesen Bestimmungen zu Grunde liegende legislative Gedanke ist berechtigt, seine Durchführung vielfach verfehlt.

Es handelt sich hier allerdings nicht um die durch den Tötungserfolg qualifizierten Delikte, von welchen bereits oben in § 3 IV die Rede gewesen ist. Das Eigenartige und damit die ungleich höhere Strafwürdigkeit dieser Fälle liegt vielmehr darin, daß die Herbeiführung einer Gemeingefahr das Mittel für die Verwirklichung des Tötungsvorsatzes gewesen ist. Es handelt sich, um an die Fassung des Schweizer Entw. anzuknüpfen, nicht darum, daß durch den vorsätzlichen Mißbrauch von Sprengstoffen der voraussehbare Tod eines Menschen herbeigeführt worden ist, sondern darum, daß der Täter,

[1]) Vergl. Zanardelli, Relazione Kap. 141 (S. 283) und Alimena III 695. Gegen die Auszeichnung Bosco 60, da die Verwendung dieser Mittel auch beim homicide passionnel nicht ausgeschlossen sei. Über die Umgestaltung des Art. 366 durch das Sprengstoffgesetz vom 19. Juli 1894 vergl. Impallomeni 408.

[2]) Auf die eigenartigen Bestimmungen des finnländischen StrGB. habe ich bereits oben § 3 IV hingewiesen.

um den Tod einer einzelnen Person zu bewirken, Sprengstoffe in einer gemeingefährlichen Weise verwendet hat. Zu der vorsätzlichen Tötung des einen tritt die Gefährdung des Lebens und der Gesundheit vieler hinzu. Durch diese Gemeingefährlichkeit der Tat wird die gefährlichere antisoziale Gesinnung des Täters hinreichend klargestellt. Es ist aber verkehrt, hier nur einzelne gemeingefährliche Delikte herauszugreifen; es kann nicht zugegeben werden, daß die Anwendung von Sprengstoffen begrifflich gefährlicher sein soll, als etwa die zum Zwecke der Tötung unternommene Herbeiführung einer Überschwemmung oder das Aufreißen der Eisenbahnschienen. Die Schärfung kann daher ganz allgemein gehalten sein und alle Fälle der Tötung durch eine gemeingefährliche Handlung umfassen. Die Bestimmung des russischen oder bulgarischen, ja selbst die des italienischen StrGB. ist daher der des Schweizer Entw. entschieden vorzuziehen.

III. Die Tötung mehrerer Personen wird von verschiedenen neueren Gesetzen und Entwürfen als Qualifikationsumstand verwertet. So von Ungarn 280 und Bulgarien 248 Ziff. 5. Auch der österreichische Entw. 1874 223 Ziff. 2 hatte die Ermordung mehrerer Menschen, sowie die Verbindung eines vollbrachten Mordes mit einem Mordversuch mit dem Tode bedroht. Auf demselben Standpunkte stehen die japanischen Entwürfe 1899 (258 Ziff. 3) und 1903.

Die Frage ist ohne wesentliche praktische Bedeutung, solange auch die Ermordung einer einzelnen Person absolut mit dem Tode bedroht ist. Anders, wenn die Todesstrafe wegfällt oder nur alternativ angedroht ist. Unter dieser Voraussetzung verdient die, sei es vollendete, sei es versuchte Tötung mehrerer Menschen in der Tat als Qualifikationsumstand in Betracht gezogen zu werden.

Genauere Betrachtung zeigt aber sofort, daß die mit der Qualifizierung verbundene absolut vorgeschriebene Schärfung ein schwerer legislativer Fehler wäre. In den Fällen des „erweiterten Selbstmordes“ liegt meist die Tötung mehrerer Angehöriger vor, und dennoch wäre eine Schärfung der Strafe nicht am Platz. Der Familienvater, der den Kampf ums Dasein nicht weiterführen zu können vermeint und sich, seiner Frau und seinen Kindern den Tod geben will, dabei aber gegen seinen Willen am Leben bleibt: er hat mehr das Mitleid der Mitmenschen als die Strenge des Gesetzes verdient. Die Schärfung der Strafe darf also nur fakultativ sein; d. h. es genügt der allgemeine Strafrahmen.

IV. Die Tötung durch eine verbrecherische Bande hatte der österreichische E. I 223 Ziff. 6 als Schärfungsgrund vorgeschlagen: „Wenn der Mord von einer Person, welche sich mit einem oder mehreren andern zu fortgesetzter Begehung von Raub, Diebstahl, Sachbeschädigung oder Brandstiftung verbunden hat, um dieser Verbindung willen begangen wurde.“

Schon in dem E. 1881, der im übrigen die Qualifikationen des ersten Entwurfes wiederholte, ist diese Bestimmung fallen gelassen worden. Und zwar mit vollem Rechte. Die Fälle, die sie im Auge hat, sind heute

so selten, daß sie einer besonderen gesetzlichen Regelung gewiß nicht bedürfen.

4. Gruppe. Qualifizierung der Tötung wegen der besonderen Gemeingefährlichkeit des Täters.

Die Scheidung dieser Gruppe von den drei vorangehenden mag im einzelnen willkürlich erscheinen; grundsätzlich ist sie gewiß berechtigt. Ich denke dabei an die Fälle, in denen die Persönlichkeit des Täters, auch wenn von der objektiven Beschaffenheit der Tat abgesehen wird, als besonders gemeingefährlich erscheint.

I. Vorbedacht und Überlegung. Es handelt sich hier nicht mehr um die bereits im zweiten Abschnitte eingehend behandelte und mit Entschiedenheit verneinte Frage einer begrifflichen Unterscheidung von Mord oder Totschlag. Die Frage ist vielmehr die, ob innerhalb der gemeinen vorsätzlichen Tötung die mit Überlegung oder Vorbedacht begangene Tötung durch eine quantitativ schwerere Bestrafung auszuzeichnen sei.

Die oben in § 9 gegen die Verwendung dieses Merkmals vorgebrachten Bedenken sind grundsätzlicher Art. Sie wenden sich nicht nur dagegen, daß es als konstitutives Merkmal zur begrifflichen Unterscheidung von Mord und Totschlag verwendet wird; sind sie überhaupt zutreffend, so gelten sie in gleicher Weise gegen seine Verwertung zur quantitativen Abstufung der Strafrahmen innerhalb der gemeinen vorsätzlichen Tötung.

II. Das Motiv der Tat.

1. Das Motiv der „Mordlust" (per libidine di sangue) macht nach dem Schweizer Entw. die vorsätzliche Tötung zum Morde. Meine Bedenken gegen diese Auffassung habe ich bereits oben § 9 III geltend gemacht. Qualifiziert ist nach Italien 336 Ziff. 3 die vorsätzliche Tötung „per solo impulso di brutale malvagità".[1]) Diese Behandlung ist weniger bedenklich als die des Schweizer Entw. Nicht bloß deshalb, weil die Unterscheidung keine qualitative, sondern eine bloß quantitative ist; sondern hauptsächlich darum, weil sie hinter das Motiv der einzelnen Tat auf den bleibenden Charakter des Täters zurückgeht.

Dennoch muß auch hier betont werden, daß gerade dieser Charakter auf einen nicht mehr normalen Seelenzustand hinweist, eine obligatorische Strafschärfung mithin zweifellos verfehlt wäre.

2. Die „Habgier" ist nach dem Schweizer Entw. Begriffsmerkmal des Mordes; die „gewinnsüchtige Absicht" nach Rußland 386 Ziff. 8 und Bulgarien 248 Ziff. 8 qualifizierender Umstand. Damit hängt es zusammen, wenn die spanische Gruppe den gedungenen Mord oder Lohnmord (Banditenmord) besonders hervorhebt; so im Anschluß an Spanien 419 Ziff. 2 (ebenso Entw. 1884) verschiedene mittel- und südamerikanische

[1]) Der Ausdruck findet sich schon im StrGB. von Toskana. — Vergl. dazu Impallomeni 436. Gegen die Auszeichnung Bosco 60, Carmignani, Ferri, Fulci; für sie Crivellari-Suman VII 735 im Anschluß an Carrara § 1120. In der Literatur finden sich auch die Wendungen per causa brutale, bestiale, irragionevole. Vergl. auch Tessin 291 c, 292 d, Uruguay 320.

StrGB. (Brasilien, Chile, Kolumbien, Peru). Die große Mehrzahl der übrigen Gesetze und Entwürfe kennt diesen qualifizierenden Umstand nicht mehr. Ausreichende Gründe, ihn in die künftige deutsche Strafgesetzgebung aufzunehmen, liegen nicht vor.

III. Tötung durch eine bereits vorbestrafte Person.

Schweden 14 § 6 droht die Todesstrafe an, wenn ein bereits zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilter einen Totschlag oder eine Körperverletzung mit tödlichem Ausgange begeht. Und ähnlich hatte der österreichische E. I 223 Ziff. 4 vorgeschlagen, die Todesstrafe eintreten zu lassen, wenn der Täter zur Zeit der Tat wegen einer andern Handlung bereits zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt war.

Diese Bestimmungen verdienen Erwägung, weil sie von dem allein richtigen Gesichtspunkte ausgehen, daß die größere Gemeingefährlichkeit des Täters eine schwerere Strafe wünschenswert macht. Aber sie sind jedenfalls zu eng; denn diese Voraussetzung kann bei einem Verbrecher, der zu zehn Jahren Zuchthaus oder einer andern längern Freiheitsstrafe verurteilt war, ganz in derselben Weise gegeben sein. Es müßte also der Gedanke, soll er verwertet werden, eine allgemeinere Fassung finden.

IV. Tötung im Rückfalle.

Auch dieser Umstand ist in einzelnen Gesetzgebungen zur Qualifizierung der vorsätzlichen Tötung verwertet worden. So kann nach Norwegen 233 Abs. 2 lebenslanges Gefängnis verhängt werden, wenn der Täter im Rückfall gehandelt hat. Und der österreichische E. I 223 Ziff. 3 schreibt die Todesstrafe vor, wenn der Täter bereits wegen Mordes oder Mordversuches verurteilt war.[1])

Auch für diese Qualifikation gilt das oben unter III Gesagte.

§ 12.

Die milder bestraften Fälle.

I. Die Tötung in heftiger Gemütserregung. II. Die Tötung auf Provokation. III. Die Tötung des ehebrecherischen Ehegatten und verwandte Fälle. IV. Die Tötung unter Überschreitung der Grenzen der Notwehr oder eines Zuchtrechtes. V. Ergebnis.

I. Die Tötung in heftiger Gemütserregung.

Die Gesetzgebungen, welche die in heftiger Gemütserregung begangene Tötung als Totschlag aus dem Gattungsbegriff der gemeinen vorsätzlichen Tötung herausheben, sind bereits oben § 9 II erwähnt und besprochen worden. Dieselben Gründe, welche gegen die begriffliche Ausscheidung dieser Fälle sprechen, müssen auch gegen die Berücksichtigung der heftigen Gemütserregung als Strafmilderungsgrund geltend gemacht werden. Nicht, daß der Täter in leidenschaftlicher Aufwallung gehandelt hat, beweist seine geringere soziale Gefährlichkeit, sondern nur die Tatsache, daß die leidenschaftliche Aufwallung durch einen Umstand veranlaßt worden

[1]) Vergl. auch Uruguay 321.

ist, der auch das Gemüt des rechtlich Gesinnten in heftige Erregung zu versetzen vermag. Nicht der Jähzorn, sondern der impeto di giusta ira, der iustus dolor; nicht die Gemütserregung, sondern die Provokation; non tam ira, quam causa irae excusat. Teilweise wenigstens tragen diesem Bedenken diejenigen Gesetzgebungen Rechnung, die zwar die heftige Gemütserregung allgemein als Milderungsgrund verwerten, eine weitergehende Milderung aber davon abhängig machen, daß diese Gemütserregung in einer Provokation von seiten des Getöteten ihren gerechtfertigten Anlaß gehabt hat. Hierher gehören, wie bereits bemerkt, Ungarn 281, das geltende russische Recht, das russische StrGB. (1903) 387 und Bulgarien 249.

II. Die Tötung auf Provokation.[1])

1. Vorbildlich war auch hier der c. pénal. Art. 321 bestimmt: „Le meurtre ainsi que les blessures et les coups sont excusables, s'ils ont été provoqués par des coups ou violences graves envers les personnes.[2])

Als strafmildernde Provokation gelten daher nur schwere körperliche Angriffe, niemals bloß wörtliche Beleidigungen.[3]) Bei Verwandtentötung ist die Milderung ausgeschlossen, ebenso bei Tötung des Ehegatten, wenn nicht der unter III zu besprechende Fall des Ehebruchs vorliegt. Dagegen verlangt Frankreich nicht, daß der Angriff gegen den Tötenden selbst oder eine ihm nahe stehende Person gerichtet gewesen sei.[4]) An das französische Recht haben sich Belgien 411, Portugal 370, Rumänien 250, Genf 57 und andere Gesetzgebungen angeschlossen.

2. Auf die deutsche Landesgesetzgebung hat neben dem c. pénal besonders Bayern Art. 152 Einfluß ausgeübt, der bereits „unerlaubte Beleidigungen oder Beschimpfungen“ als ausreichende Provokation betrachtete.

Preußen § 177 bestimmte: „War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm selbst oder seinen Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorn gereizt und dadurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden, so bleibt die lebenslängliche Zuchthausstrafe ausgeschlossen, und es soll auf Gefängnis nicht unter 2 Jahren erkannt werden.“

Der erste Entwurf des norddeutschen StrGB. hat diese Fassung wörtlich beibehalten, das Mindestmaß des Strafrahmens aber auf 6 Monate Gefängnis herabgesetzt.

---

[1]) Erlanger, Die materiellrechtliche und prozessuale Bedeutung des § 213 RStrGB. 1903 (Beling Heft 49); Feroci, Dell' omicidio scusato per giusto dolore, 1872; Orano, L'assassinio provocato, 1896; Alimena III 290 (in eingehender Darstellung).

[2]) Die Bestimmung wird in Art. 325 ausgedehnt auf die Kastration, wenn sie verursacht war par un outrage violent à la pudeur. Belgien hat diese Bestimmung mit Recht fallen lassen, da hier ja stets eine violence grave vorliegt.]

[3]) Gegen diese ausschließliche Berücksichtigung des physischen Schmerzes sehr bestimmt Carrara § 1286. Vergl. auch die Verhandlungen der Société générale des prisons in deren Bulletin IX 485.

[4]) Das wird fast allgemein angenommen. Für Belgien vergl. Nypels III 60 (unter Berufung auf die von Haus verfaßten Motive).

Die Motive bemerken dazu: „Ingleichen erschien eine Erweiterung des Strafrahmens für die Fälle des § 187 geboten, in denen der Totschlag die Folge einer plötzlichen schweren Aufreizung des Täters war. Die Erfahrung verschiedener Länder lehrt, daß die Geschworenen nicht selten bei dem Täter das Bewußtsein der begangenen Tat und die damit verbundene Gewissensbedrückung desselben für eine ausreichende Strafe eines solchen Totschlags gehalten und darum ihr „nicht schuldig“ ausgesprochen haben. Mit Rücksicht auf die objektive Schwere des Verbrechens durfte indessen unter ein Minimum von 6 Monaten nicht hinabgegangen werden.“

§ 213 des RStrGB. stimmt damit völlig überein; nur ist bekanntlich vom Reichstag der Zusatz gemacht worden „oder sind andere mildernde Umstände vorhanden“.

Die Anwendung des § 213 hat zu verschiedenen Streitfragen Anlaß gegeben. Daß die Ausdrücke „Mißhandlung oder schwere Beleidigung“ nicht im technischen Sinne zu nehmen sind, daß vielmehr jede Kränkung, also auch eheliche Untreue, genügt, wird allgemein angenommen; im einzelnen gehen die Meinungen allerdings auseinander.

Allgemein wird zugegeben, daß diese erweiterte Auffassung der Provokation dem französischen Rechte gegenüber einen Fortschritt bedeutet. Dagegen ist die Beschränkung auf die „Angehörigen“ mehrfach und mit Recht getadelt worden. Schon der preußische Entw. 1843 ist über sie hinausgegangen. Es kann auch nicht bestritten werden, daß nicht die gesetzlichen, sondern die tatsächlichen Beziehungen zu dem Angegriffenen die Erregung des Täters rechtfertigen. Der Vormund kann dem in seinem Hause lebenden Mündel näher stehen als der Vater seinem selbständig gewordenen Sohn.[1])

Zweifelhaft kann es sein, ob der von dem Getöteten ausgegangene Angriff sich als eine schuldhafte rechtswidrige Handlung darstellen müsse oder nicht. Die Frage wird überwiegend verneint, so daß z. B. die von einem zehnjährigen Knaben ausgehende „schwere Mißhandlung“ die Voraussetzung der Strafmilderung erfüllen würde. Die Entscheidung dieser Streitfrage dürfte über die Aufgabe des Gesetzes hinausgehen.

Im übrigen bietet die Auslegung des § 213 keine Schwierigkeiten. Der Täter muß „ohne eigene Schuld“ zur Tat gereizt worden sein, er darf nicht den Anlaß zu dem Angriff gegeben haben, nicht als auctor rixae erscheinen. Dagegen schließt ein Verschulden des angegriffenen Angehörigen die Strafmilderung für den Täter nicht aus. Die Worte „auf der Stelle“ verlangen, daß die Gemütserregung ununterbrochen bis zur Tötung fortgedauert hat. Es ist damit ein innerer kausaler, nicht ein, äußerer sei es örtlicher, sei es zeitlicher, Zusammenhang gefordert.

Die herrschende Ansicht nimmt endlich, und zwar mit Recht, an, daß § 213 keine selbständige Straftat, sondern einen persönlichen Milderungsgrund enthält.[2])

[1]) Vergl. dazu Erlanger 21.

[2]) E XIV 298. Dagegen Erlanger 33, der aber dennoch den § 50 anwenden will.

3. In zahlreichen anderen Gesetzgebungen finden sich mehr oder weniger übereinstimmende Vorschriften, so in einer großen Anzahl von Schweizer Kantonen, in Dänemark 187[1]), Schweden 14 § 3, Finnland 21 § 2, Ungarn 281, Bulgarien 249, Japan 309, in den österreichischen Entwürfen.[2])

Von besonderer Bedeutung ist der Begriff der Provokation auch für das ganze Gebiet des englisch-amerikanischen Rechtes. Hier bildet die Provokation nicht bloß einen mildernden Umstand, sie ist vielmehr von konstitutiver Bedeutung. Durch das Vorliegen der Provokation wird der Begriff des Mordes unbedingt ausgeschlossen. Das ist der Standpunkt des common law wie aller Gesetzgebungen, die auf dem Boden des gemeinen Rechtes entstanden sind. Daraus erklärt sich die eingehende Besprechung, die der Begriff in der englisch-amerikanischen Literatur gefunden hat.[3]) Bloß wörtliche Beleidigung genügt nach common law nicht; dagegen hat Indien s. 300 exc. 1 die viel weitere Fassung: „grave and sudden provocation", und die englischen Entw. 1878 s. 136 und 1879 s. 176 erklären es für eine question of fact, ob Provokation vorliege oder nicht. Voraussetzung für die Ausschließung des Mordes ist die durch den Angriff hervorgerufene, im Augenblick der Tat noch fortdauernde leidenschaftliche Aufregung, heat of passion, durch welche die ruhige Überlegung, das power of selfcontrol, aufgehoben wird. Mord ist dagegen anzunehmen, wenn der Täter Zeit gehabt hat, sich zu beruhigen, wenn ein cooling time zwischen der Reizung und der Tötung gelegen hat. Voraussetzung ist ferner, daß die Reaktion des Provozierten der Schwere der Provokation entspricht (adequate and reasonable provocation).

4. Es muß endlich darauf hingewiesen werden, daß zahlreiche Gesetzgebungen die Strafmilderung bei Provokation in den allgemeinen Teil gestellt haben. Hierher gehört die südromanische Gruppe mit fast sämtlichen zu ihr gehörenden Strafgesetzbüchern, namentlich Italien 51 („impeto d' ira ó d' intenso dolore, determinata da ingiusta provocazione"); aber auch Norwegen 56 (berettiget harme). Das niederländische StrGB. kennt eine besondere Bestimmung überhaupt nicht, obwohl sie sich noch in den Entwürfen gefunden hat. Doch wird ein Teil der Fälle als Überschreitung der Notwehr durch Art. 41 gedeckt werden.

5. Daß der gerechte Zorn einen schwer in das Gewicht fallenden Milderungsumstand darstellt, unterliegt keinem Zweifel. Die antisoziale Bedeutung der unter dem Einfluß der Provokation begangenen Tötung bleibt weit hinter dem Regelfall der gemeinen vorsätzlichen Tötung zurück, und der Schluß von der Tat auf den Täter läßt auch diesen als weit weniger gemeingefährlich erscheinen.

---

[1]) Vergl. dazu Goos I 113, dessen Auffassung mit der überwiegenden deutschen Ansicht durchaus übereinstimmt.

[2]) Hier ist seit dem E. II die Auffassung des deutschen RStrGB. ersetzt durch die Worte: „durch eine ihm oder einer ihm nahestehenden Person usw."

[3]) Vergl. Kerr 71, 143, 154; Russel III 38—57; Stephen Art. 245, 246, 251.

Fraglich kann nur sein, ob die Strafmilderung auf die vorsätzliche Tötung zu beschränken ist oder ob sie nicht vielmehr in den allgemeinen Teil gehört. Entscheidend spricht für letzteres die Erwägung, daß der gerechte Zorn nicht nur zur Tötung, sondern auch zu Körperverletzung, Beleidigung, Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung usw. führen kann. Sollte diese Behandlung abgelehnt werden, so ist § 213 des RStrGB. beizubehalten. Dann müßte aber auch die Beschränkung auf die Angehörigen des Täters wegfallen. Die österreichischen Entwürfe seit dem E. II (s. o. S. 97 Note 2) haben hier den Weg gewiesen: Es muß gefordert werden, aber auch genügen, daß der Angriff gegen eine dem Täter nahestehende Person gerichtet war.[1])

III. Die Tötung des ehebrecherischen Ehegatten und verwandte Fälle.

1. In der Behandlung des Ehegatten, der die Verletzung der ehelichen Treue durch die Tötung des Ehebrechers und dessen Mitschuldigen gerächt hat, zeigt sich eine wesentliche Verschiedenheit zwischen den germanischen und den romanischen Rechten.

Die ersteren erwähnen den Fall nicht besonders. Da nach ihnen der Begriff der Provokation nicht bloß durch körperliche Gewalttat, sondern schon durch das Vorliegen „schwerer Beleidigung" begründet wird, können sie die Tötung des ehebrecherischen Ehegatten ohne weiteres unter die allgemeine Bestimmung über Tötung auf Provokation subsumieren. Damit ergibt sich die Gleichstellung der beiden Ehegatten von selbst.

Anders die romanischen Rechte, besonders diejenigen, die an dem engeren Begriff der Provokation festhalten.

Schon c. pénal 324 bestimmt: „Le meurtre commis par l'époux sur l'épouse ou par celle-ci sur son époux, n'est pas excusable, si la vie de l'époux ou de l'épouse qui a commis le meurtre n'a pas été mise en péril dans le moment même où le meurtre a eu lieu.

Néanmoins, dans le cas d'adultère prévu par l'art. 336, le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale est excusable."

Die Strafmilderung kommt also immer nur dem Ehemann, niemals der Ehefrau zugute und auch dem ersteren nur dann, wenn der Ehebruch in der ehelichen Wohnung begangen worden ist.

Belgien 413 hat die beiden Beschränkungen fallen gelassen; es stellt die Ehegatten einander gleich und legt auf die Begehung des Ehebruchs in der gemeinsamen Wohnung kein Gewicht mehr.

Ähnliche Bestimmungen mit mancher Abweichung im einzelnen haben Spanien 438, Portugal 372 (ausgedehnt auf die Frau, die bei der Ertappung im Ehebruch die von dem Ehemann in der ehelichen Wohnung gehaltene oder unterhaltene Beischläferin oder den Ehemann oder beide tötet), Italien 377,

[1]) So war auch, trotz der Wortfassung, der Bremer Entw. 1868 gemeint; vergl. die Motive dazu S. 136. — Zu demselben Ergebnis führt auch Rußland 1903, das keine Beschränkung auf bestimmte Personenkreise enthält.

Japan 311 und verschiedene andere Länder. Die spanischen Tochterrechte gehen teilweise noch einen Schritt weiter: sie erklären die Tötung in diesem Fall nicht bloß für milder strafbar, sondern für justificado, also für straflos. Als Beispiele erwähne ich Ecuador 453, Kolumbien 591 Ziff. 9 und Salvador.[1])

Die niederländischen Entwürfe hatten den Milderungsgrund ausdrücklich erwähnt; auf Wunsch der Kammern ist er gestrichen worden.

2. Die südromanischen Rechte dehnen die Strafmilderung aber auch auf den Fall aus, daß der Täter eine ihm verwandte, im Ehebruch oder sonst im unerlaubten Geschlechtsverkehr ertappte Person getötet hat. So Spanien 438 auf den Vater, der seine noch nicht 23 Jahre alte, im väterlichen Haus lebende Tochter mit ihrem Verführer überrascht und tötet; der spanische Entw. 1884 auch auf den Bruder im Verhältnis zu seiner Schwester. Ähnlich Portugal 372, Ecuador 447, Kolumbien 606, Paraguay 198, 199, Perú 234, 235; die Strafmilderung ist aber geringer als für den Gatten. Die beiden letztgenannten Gesetzbücher erwähnen auch den Vater und den Bruder.

Sehr weit geht Italien 377[2]): „Ist bei den in den vorangehenden Kapiteln vorgesehenen Verbrechen die Handlung seitens des Ehegatten oder aber eines Aszendenten oder des Bruders oder der Schwester an der Person des Ehegatten, der Deszendentin, der Schwester oder des Mitschuldigen oder beider im Augenblick der Ertappung bei Ehebruch oder außerehelichem Beischlaf begangen, so wird die Strafe auf ein Sechstel herabgesetzt unter Ersetzung der Einschließung durch Gefängnis und des Zuchthauses durch Gefängnis von 1 bis 5 Jahren."

Wird § 213 RStrGB. festgehalten, so sind alle diese Bestimmungen überflüssig.

IV. Die Tötung mit Überschreitung der Grenzen der Notwehr oder eines Zuchtrechts.

1. Die ausdrückliche Berücksichtigung des impeto di paura oder eccesso di difesa in den romanischen Strafgesetzbüchern erklärt sich daraus, daß diese Gesetzgebungen, wie bereits oben § 2 III erwähnt, den allgemeinen Begriff der Notwehr nur ungenügend ausgebildet und mehr oder minder auf die Leibesnotwehr beschränkt haben. Der deutsche Gesetzgeber hat keinen Anlaß, ihnen auf diesem Wege zu folgen. So ist nach c. pénal 322 der Totschlag und die Körperverletzung entschuldbar, „s'ils ont été commis en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances. Si le fait est arrivé pendant la nuit, ce cas est réglé par l'art. 329."[3])

[1]) Über Salvador vergl. Eisenmann, StG. II 158.

[2]) Der Entw. Zanardelli kannte die Bestimmung nicht, die in der Tat durch Art. 51 überflüssig gemacht wird; sie ist erst auf Wunsch der Revisionskommission aufgenommen worden.

[3]) Vergl. oben § 2 III Note 2.

Belgien 412 hat sich dieser Bestimmung angeschlossen, ebenso im wesentlichen Italien 376 Abs. 2[1]) sowie zahlreiche andere Gesetzgebungen der südromanischen Gruppe.

Ausnahmsweise ist in einzelnen Gesetzgebungen bei der Tötung die Überschreitung der Grenzen der Notwehr allgemein, also nicht mit Beschränkung auf die Abwehr eines Einbruchdiebstahls hervorgehoben. So in Italien 376 Abs. 2[1]), aber auch in den Strafgesetzbüchern für Rußland (1903) 389 und Bulgarien 250.

2. Die Überschreitung der Grenzen eines Zuchtrechts der Frau, den Kindern, dem Gesinde usw. gegenüber, spielt einerseits im englischen Recht, anderseits in den süd- und mittelamerikanischen Gesetzgebungen eine Rolle. Auch hier aber handelt es sich um einen Gesichtspunkt, der dem allgemeinen Teil angehört.

V. Ergebnis.

Von den verschiedenen Milderungsgründen, die sich in der deutschen und außerdeutschen Gesetzgebung finden, hat mithin ein einziger Anspruch auf Beachtung: die Provokation. Aber auch dieser Milderungsumstand gehört, streng genommen, nicht in den besonderen, sondern in den allgemeinen Teil. Alle übrigen legislativen Versuche, milder zu bestrafende Sondertatbestände innerhalb der gemeinen vorsätzlichen Tötung auszusondern, sind für das künftige deutsche RStrGB. ohne jede Bedeutung.

§ 13.

Die Bestrafung der gemeinen vorsätzlichen Tötung.

I. Die Bestrafung der vollendeten Täterhandlung. II. Die Bestrafung der Teilnehmer. III. Die Bestrafung von Versuch und Vorbereitungshandlungen.

I. Die Bestrafung der vollendeten Täterhandlung.

1. Nach der in den beiden vorangegangenen Paragraphen durchgeführten kritischen Betrachtung der einzelnen in den verschiedenen Gesetzgebungen sich findenden Erschwerungs- und Milderungsumstände können jetzt die in § 10 begonnenen, alsbald aber wieder ausgesetzten Erörterungen zum Abschluß gebracht werden.

Es ist dort ausgeführt worden, daß der allgemeine Strafrahmen für die gemeine vorsätzliche Tötung von der schwersten Strafe des Strafensystems bis zu dem gesetzlichen oder einem sonst niedrig anzusetzenden Mindestmaß herabgehen muß.

[1]) „Die Strafe wird um ein Drittel bis zur Hälfte herabgesetzt, und an Stelle von Einschließung tritt Gefängnis, wenn in dem Nr. 1 dieses Art. bezeichneten Falle eine Überschreitung der Grenzen der Verteidigung vorliegt oder aber die Handlung im Akt der Vertreibung der Urheber bei Einsteigen, Einbrechen oder Brandstiftung an dem Hause, an einem andern Wohngebäude oder dazu gehörenden Raume begangen ist und nicht die in Nr. 2 vorgeschriebenen Bedingungen damit zusammentreffen.“ Abs. 1 siehe oben S. 16 Note 3. — Vergl. dazu Relazione ministeriale, Kap. 158 (S. 312).

2. Es fragt sich zunächst, ob innerhalb dieses allgemeinen Strafrahmens nicht eine Ausscheidung schwerer zu bestrafender Fälle vorzunehmen ist. Ich bejahe diese Frage deshalb, weil, ohne eine solche Ausscheidung, bei der Weite des Strafrahmens und der Gepflogenheit unserer Strafrichter die Gefahr bestehen bleibt, daß der Richter im einzelnen Fall die Notwendigkeit einer Sicherung der Gesellschaft gegenüber gemeingefährlichen Individuen nicht genügend im Auge behalten könnte. Es bedarf also einer Auszeichnung derjenigen Fälle, die eine besonders gefährliche antisoziale Gesinnung des Täters erkennen lassen. Ich rechne hierher, indem ich zur Begründung auf meine Ausführungen in § 11 verweise:

a) Die Tötung bei Ausführung einer anderen strafbaren Handlung (im Sinne unseres jetzigen § 214);

b) die Tötung mittels einer gemeingefährlichen Straftat;

c) die Tötung durch eine Person, die bereits zu einer längeren (etwa mehr als fünfjährigen) Freiheitsstrafe verurteilt war oder ist.

Eine besondere Hervorhebung des Falles, daß der Täter bereits wegen einer gemeinen vorsätzlichen, sei es vollendeten, sei es versuchten Tötung, verurteilt war oder ist, ist überflüssig. Wenn diese frühere Tötung unter einigermaßen erschwerenden Umständen begangen worden ist, so wird die für sie erkannte Strafe aller Wahrscheinlichkeit nach 5 Jahre übersteigen, mithin die unter c vorgeschlagene Bestimmung eingreifen. Ist aber früher auf eine Freiheitsstrafe unter 5 Jahren erkannt worden, etwa weil der Täter in gerechtem Zorn gehandelt hat, so bietet die früher begangene Tat keinen genügenden Anlaß zu einer obligatorischen Strafschärfung.

Um die Gefahr zu vermeiden, die mit jeder kasuistischen Aufzählung von erschwerenden oder mildernden Umständen stets verknüpft ist, bedarf es aber noch eines allgemeinen Zusatzes. Die Bestimmung hätte also etwa zu lauten:

„Ist die Tötung bei Ausführung einer strafbaren Handlung begangen usw. oder liegen andere Umstände vor[1]), aus denen sich eine besondere Gemeingefährlichkeit des Täters ergibt, so ist auf (Todesstrafe oder auf) lebenslange Freiheitsstrafe oder auf Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren zu erkennen."

Unterscheidet das Gesetz zwischen Zuchthaus und Gefängnis ungefähr in derselben Weise wie das RStrGB., so ist unter der hier vorgeschlagenen Freiheitsstrafe Zuchthaus zu verstehen.

3. Als besonders mildernden Umstand, der auf Berücksichtigung im Gesetz Anspruch machen könnte, haben wir ausschließlich die Provokation gefunden. Neben ihr oder ohne sie, falls die Provokation in den allgemeinen Teil gestellt werden sollte, müssen aber unbedingt auch die „allgemeinen" mildernden Umstände zugelassen werden.[2]) Man denke etwa an die bereits

[1]) Ähnlich Norwegen 233 Schluß.
[2]) Dagegen freilich John GA. XXV 401, Katzenstein Z. XXIV 546.

erwähnten Fälle des „erweiterten Selbstmords". Gerade hier wäre jede kasuistische Beschränkung ein schwerer legislativer Fehler.

Die Fassung des jetzigen § 213 könnte, unter Ersetzung des „Angehörigen" durch „eine ihm nahestehende Person", beibehalten, das Strafmaß bis auf 6 Wochen Gefängnis herabgesetzt werden.[1])

II. Die Bestrafung der Teilnehmer.

Daß die allgemeinen Grundsätze über Teilnahme auch auf die gemeine vorsätzliche Tötung uneingeschränkte Anwendung finden müssen, versteht sich von selbst. Für Sondervorschriften, wie sie noch das geltende österreichische Recht kennt, liegt keinerlei Anlaß vor. Festzuhalten ist, daß die von mir vorgeschlagenen Unterscheidungen ausnahmslos rein quantitativer, nicht aber konstitutiver Natur sind, daß sie keine selbständigen Arten der gemeinen vorsätzlichen Tötung, sondern lediglich Strafbarkeitsabstufungen darstellen. Welche Folgesätze sich daraus für die Behandlung der Teilnehmer ergeben, hängt von der grundsätzlichen Auffassung ab, die der Begriff der Teilnahme in unserm künftigen RStrGB. finden wird.

III. Die Bestrafung von Versuch und Vorbereitungshandlungen.

Auch für die Bestrafung des Tötungsversuches sind die allgemeinen Grundsätze über die Strafbarkeit des Versuches selbstverständlich maßgebend. Anders steht es bezüglich der Vorbereitungshandlungen. Hier fragt es sich, ob nicht im Hinblick auf die Schwere des Deliktes die Vorbereitung allgemein oder doch in gewissen Erscheinungsformen unter selbständige Strafe zu stellen sei.

Eine solche Neuerung gegenüber dem geltenden Recht wäre durchaus nicht ohne Vorbilder.

Schon die deutschen LandesStrGB. hatten teilweise entsprechende Bestimmungen, so gegen das Auflauern, das Anschaffen oder Zubereiten von Gift, Vorbereitung der Brandstiftung usw.; vgl. Württemberg 238, 242, Braunschweig 151, Thüringen 122, Hamburg 123. In gewissem Sinne kann auch § 49a des RStrGB. hierher gerechnet werden.

---

[1]) Es ist vielleicht nicht ohne Interesse, meine Vorschläge mit den von andrer Seite gemachten zu vergleichen. v. Holtzendorff hatte 1875 vorgeschlagen (S. 275), als qualifizierte Tötungsfälle hervorzuheben: 1. die Tötung aus gewinnsüchtiger Absicht oder um eines rechtswidrigen Vorteiles willen; 2. die Tötung bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um sich der Entdeckung oder Ergreifung zu entziehen; 3. die vorsätzliche Tötung eines Beamten, der in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes begriffen ist. — Dagegen geht Merzbach aus von der einfachen vorsätzlichen Tötung und nimmt die Milderungen des § 213 RStrGB. in seine Vorschläge hinüber. Daran knüpft er die folgende neue Bestimmung: „Wenn der Täter die Tötung 1. mit Überlegung; 2. in gewinnsüchtiger Absicht; 3. auf eine grausame Art; 4. aus einem unpersönlichen Beweggrund ausführt, oder wenn sein Vorsatz 5. nicht auf eine bestimmte Person oder 6. auf eine Mehrheit von Personen gerichtet war, so wird er wegen Mordes mit Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft. Hat jedoch im Falle Ziff. 1 der Täter aus einem edlen Beweggrund gehandelt oder stellt sich seine Tat sonstwie als minder schlimm dar, so ist er nur wegen Totschlages (§ 211, 212) zu bestrafen." Auf die Teilnehmer findet § 50 Anwendung.

Eine kasuistische Aufzählung von strafbaren Vorbereitungen zur vorsätzlichen Tötung findet sich im englisch-amerikanischen Recht. Die OPA. von 1861 hat zunächst in s. 15 den Versuch des Mordes (attempt to commit murder), der bis dahin misdemeanor war, als felony bedroht;[1]) die Strafe ist lebenslanges Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter drei Jahren oder Gefängnis bis zu zwei Jahren mit oder ohne harte Arbeit, mit oder ohne einsame Einsperrung. Daneben aber erwähnt sie gewisse dem irischen Recht entnommene Vorbereitungshandlungen; nämlich:

1. (in s. 4) die conspiracies to commit murder (auch wenn diese den Tod einer bestimmten Person nicht ins Auge gefaßt hatten); 2. die threats to commit murder (s. 16), d. h. die Bedrohung mit Mord auf schriftlichem Wege.[2]) Die Strafe ist dieselbe wie bei versuchtem Mord.

Auf demselben Standpunkt stehen die englischen Entwürfe. Man vergl. Entw. 1878 s. 141, 142, Entw. 1879 s. 179, 180, Entw. 1880 s. 517, 518. Bei manslaughter ist Versuch, der ja die Tötungsabsicht voraussetzt, nicht denkbar. Daneben werden Angriffe auf die Person als assault ebenfalls unter selbständige Strafe gestellt.

Im großen und ganzen stimmen auch die amerikanischen Statutarrechte mit dieser Auffassung des englischen Rechtes überein. Doch zeigen sie gerade in den letzten Jahren zunehmende Strenge gegen den in Tötungsabsicht begangenen assault.

Auch Spanien, Portugal und andere Länder der südromanischen Gruppe heben gewisse Versuchs- oder Vorbereitungshandlungen ausdrücklich hervor. So spielt das Abschießen von Feuerwaffen eine große Rolle. Die Bestimmungen sind im allgemeinen sehr unklar und ihre Anwendung durch die Gerichte schwankt.

Wichtiger ist es, daß auch in Gesetzen und Entwürfen, die auf der gegenwärtigen Höhe der legislativen Technik stehen, sich besondere Strafdrohungen gegen einzelne Vorbereitungshandlungen finden.

So bedroht Ungarn 288 die Verbindung mehrerer zur Begehung eines Mordes als selbständiges Delikt mit Kerker bis zu zwei Jahren.

Ähnlich die österreichischen Entwürfe.

Schon E. I (1874) 226 bestimmte: „Wer einen andern zur vorsätzlichen Tötung eines Menschen zu bestimmen sucht, wird, wenn dieser sich nicht eines strafbaren Versuches schuldig macht, mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft, es sei denn, daß er die Ausführung selbst verhindert hat.“

E. II wiederholt diese Bestimmung, fügt aber einen zweiten Absatz hinzu: „Auf dieselbe Strafe ist gegen denjenigen zu erkennen, der sich einem andern zur vorsätzlichen Tötung eines Menschen anbietet.“[3])

---

[1]) Vergl. Ch. Sprengel Greaves S. 28.
[2]) Vergl. Schuster StG. I 651, Stephen Art. 255.
[3]) Vergl. dazu Motive 62. Schwarze, Bemerkungen usw., 1875 S. 88 billigt die Bestimmung.

Die späteren Entwürfe haben diese Bestimmungen im wesentlichen unverändert beibehalten.

Der japanische Entw. (1899) 260 läßt Polizeiaufsicht zu gegen denjenigen, der eine die Tötung von Menschen vorbereitende Handlung begeht oder zu demselben Zweck sich einer geheimen Verbindung anschließt. Strenger noch ist der Entw. 1903. Hier lautet Art. 237: „Wer Vorbereitungshandlungen vornimmt, um einen vorher geplanten Mord (?) zu begehen, wird mit Zuchthaus bis zu 1 Jahr bestraft. Nach Umständen kann diese Strafe erlassen und der Täter unter Polizeiaufsicht gestellt werden."

Auch das russische StrGB. (1903) 388 enthält zwei hierher gehörende Strafdrohungen: „Wer sich der Vorbereitung zur Tötung oder der Teilnahme an einer Gesellschaft schuldig macht, die zur Verübung von Tötungen gebildet ist, wird mit Gefängnis bestraft[1]); wenn zur Ausführung der Tötung explodierende Gegenstände oder Geschosse zurecht gemacht sind, tritt Zuchthaus nicht unter 3 Jahren ein." Auf demselben Standpunkt steht Bulgarien 256: „Wer zu der im Art. 247 und 248 erwähnten Tötung sich selbst anschickt oder einen anderen dazu anstiftet, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft."

Auf die zahlreichen Sonderbestimmungen, zu denen sich die Gesetzgebung der verschiedenen Länder durch die anarchistischen Sprengstoffattentate hat hinreißen lassen, kann ich hier nur im Vorbeigehen verweisen.

Eine Nachahmung dieser Bestimmungen kann nicht empfohlen werden. Jede allgemeine Bestrafung der Vorbereitung zur Tötung, etwa in der Fassung: „Wer es unternimmt, einen Menschen zu töten" führt ins Uferlose; das haben die unendlichen Streitfragen, die sich an den Begriff des Unternehmens im RStrGB. knüpfen, wohl zur Genüge bewiesen. Die kasuistische Hervorhebung einzelner Vorbereitungshandlungen aber enthält einen schweren Verstoß gegen die einfachsten Grundsätze der Gesetzgebungskunst. Eine wesentlich andre Frage ist es, ob allgemein die öffentliche oder an einzelne Personen gerichtete Aufforderung zur Begehung schwerer Straftaten, ob die Verabredung mehrerer zu verbrecherischen Zwecken und ähnliche Fälle als selbständige Delikte ausgezeichnet werden sollen. Die Untersuchung und Beantwortung dieser Frage ist nicht meine Aufgabe. Sonderbestimmungen für die Tötungsdelikte sind jedenfalls verfehlt.

---

[1]) Übereinstimmend Art. 1457 des geltenden russischen Rechts.

4. Abschnitt.

Die Kindestötung.

Literatur.

Spangenberg, Über das Verbrechen des Kindesmordes und der Aussetzung der Kinder, NA. III 1, 359; Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Verbrechen des Kindesmordes und der Verheimlichung der Schwangerschaft, NA. VII 1, 304, 493; Gans, Von dem Verbrechen des Kindesmordes, 1824; Wächter, Über Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft als Erfordernis des Tatbestandes des Kindesmordes, ANF. 1835 S. 71; Jordan, Über Begriff und Strafe des Kindesmordes, 1844; Hepp, Über den Grund der milderen Behandlung des Kindesmordes, dogmengeschichtlich dargestellt, ANF. 1847 S. 188, 299; Kunze, Der Kindesmord, 1860; v. Kleist, Das Verbrechen der Kindestötung, 1862; Marcinowski, Über die Teilnahme am Kindesmord, GA. XI 743; Schwarze, Zur Lehre vom Verbrechen des Kindesmordes in Schletters Annalen XXVIII 10; Closmann, Die Kindestötung, 1889; Wehrli, Der Kindesmord, dogmatisch-kritische Studie mit Berücksichtigung des französischen und schweizerischen Rechts, 1889; Wendel, Ein Beitrag zur Lehre vom Kindesmord, Dorpater Diss. 1891; v. Fabrice, Lehre von der Kindesabtreibung und vom Kindesmord, 2. Aufl. (herausg. von Weber) 1904. — Die österreichische Literatur ist bei Finger II 13 Note 14 (bis 1895) verzeichnet.

Chatagnier, De l'infanticide dans ses rapports avec la loi, la médicine légale et les mesures administratives, 1855; Baccala, Essay sur l'infanticide, 1860; Ciurca, Étude critique sur l'infanticide, 1871; Poudret, Essai sur l'infanticide, Lausanner Diss. 1894; Bourdon, L'infanticide. Discours de rentrée, 1896; R. Bouton, L'infanticide. Étude morale et juridique. Thèse, Paris 1897; Brouardel, De l'infanticide, 1897. — De Feyfer, Verhandeling over den kindermoord, 1866; Oekerse, Kindermoord en kinderdoodslag, Diss. 1890; Dorama, Het dooden van een kind en van de vrucht eener vrouw, Amsterdamer Diss. 1891; Simon Thomas, Kinderdoodslag en Kindermoord. Tijdschrift vor strafrecht XV 74. — Bustelli, Sull' infanticidio, 1863; Stoppato, Infanticidio e procurato aborto, 1886; Ballestrini, Aborto, infanticidio ed esposizione d'infante, II. Bd. 1888; Pinto, Infanticidio, 1896; Mellusi, La madre deliquente, 1897; Puglia in Lombrosos Archivio di psichiatria II, 323; Sighele, Di un criterio positivo nel reato d'infanticidio. Lombrosos Archivio X 315; Arena, L'infanticidio per ragion d'onoro, 1896; Calabresi, L'infanticidio, commento teorico-pratico all' art. 369 cod. pen. 1899; Derselbe, La „causa honoris" nell' infanticidio. Rivista penale, Suppl. VIII 219; Arena, Intorno al delitto d'infanticidio. Rivista penale, Suppl. VIII 37. — W. Burke Ryan, Infanticide, its law, prevalence, prevention and history, 1862; van den Berg, Nederlandsch-indisch en britisch-indisch strafrecht, Amsterdamer Diss. 1901 S. 193—199 (interessante Mitteilungen über Kindestötung in Indien).

Für die Ätiologie der Kindestötung: Ferriani, L'infanticida, 1886; Socquet, Contribution à l'étude statistique de la criminalité en France de 1826 à 1880, 1884; Starke, Verbrechen und Verbrecher in Preußen 1854—1878, 1884; Weisz, Über einige wirtschaftliche und moralische Wirkungen hoher Getreidepreise. Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1881; Prinzing, Soziale Faktoren der Kriminalität, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft XXII 551; Audiffrent, Quelques considérations sur l'infanticide, Archives d'anthropologie criminelle XVII 1; Loosjes, Bijdrage tot de criminaliteit der vrouw, 1894. Besonders aber: Bonger, Criminalité et conditions économiques, 1905 S. 699—702.

§ 14.

Rechtsvergleichende Darstellung.

I. Die Behandlung der Kindestötung in den Strafrechten der Gegenwart. II. Der legislative Grundgedanke für die mildere Bestrafung der Kindestötung. III. Folgesätze.

I. Die Behandlung der Kindestötung in den Strafrechten der Gegenwart.

Fast noch weiter als in der differenzierenden Bestrafung der gemeinen vorsätzlichen Tötung weichen die heute in den Kulturstaaten geltenden Strafrechte in der Behandlung der Kindestötung von einander ab. Zwar zeigt sich seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts die ausgesprochene Tendenz, die Kindestötung aus dem Rahmen der gemeinen vorsätzlichen Tötung herauszuheben und sie unter besondere und zwar mildere Strafe zu stellen; und nur die Gebiete des englischen Rechtes haben diese Entwicklung nicht mitgemacht. Sobald man sich aber bemüht, aus dem gesetzlichen Tatbestand der Kindestötung auf die Gründe zu schließen, die den Gesetzgeber zu dieser milderen Behandlung der Kindestötung bestimmt haben, überzeugt man sich von der auffallenden Tatsache, daß selbst zwischen den in der mildern Behandlung der Kindestötung übereinstimmenden Rechten eine tiefgehende Meinungsverschiedenheit über die Gründe besteht, die diese mildere Behandlung rechtfertigen. Es handelt sich daher darum, zunächst den Stand der Gesetzgebung selbst klarzulegen, dann aber auf die sie bestimmenden Erwägungen einzugehen.

1. Die Kindestötung als gemeine Tötung. Das englische common law kennt keine Sonderbestimmung über Kindestötung. Diese zieht mithin als Mord die Todesstrafe nach sich. An dieser Auffassung hat das englische Recht trotz der regelmäßigen Freisprechung der Kindesmörderinnen durch die Geschworenen[1]) bis zum heutigen Tag festgehalten. Eine im Jahre 1874 eingebrachte Infanticide Bill wurde abgelehnt. Der Entw. 1878 schlug in s. 138 vor, die Mutter, wenn sie zur Zeit der Tat infolge von seelischen oder körperlichen Leiden der Selbstbeherrschung beraubt war (was deprived by reason of bodely or mental suffering of the power of selfcontrol), nicht wegen Mordes, sondern wegen Totschlages zu bestrafen. Die Bestimmung ist in den Entw. von 1879 verschwunden[2]), taucht aber in s. 513 des Entw. 1880 wieder auf.

Der selbständige Begriff der Kindestötung ist auch dem amerikanischen Statutarrecht fremd geblieben, und die englisch-amerikanische Literatur pflegt ihn mit Stillschweigen zu übergehen.

---

[1]) v. Holtzendorff, Das Verbrechen des Mordes, S. 270; Greaves 85. In zahlreichen Fällen wird seit der OPA. von 1861 die wegen Kindesmord Freigesprochene wegen Verheimlichung der Geburt verurteilt.

[2]) s. 212 (causing death of child at birth) gehört nicht hierher, sondern zur Abtreibung.

Auf dem gleichen Standpunkt stehen nur wenige untereinander nicht zusammenhängende Gesetzgebungen; so die Türkei, Ägypten, Bulgarien[1]), der Kongostaat, Venezuela, Japan sowie die japanischen Entwürfe 1899 und 1903.

2. Die Kindestötung als qualifizierter Fall der gemeinen Tötung. Die Auffassung, daß die Kindestötung ein besonders schwer zu bestrafender Fall der vorsätzlichen Tötung sei, kann auf Erwägungen verschiedener Art zurückführen. Für das spätere deutsche Mittelalter, aber auch noch für die PGO., ist die Auffassung des kanonischen Rechtes maßgebend gewesen, das die Tat der Kindesmörderin wegen ihres Zusammenhanges mit dem außerehelichen Geschlechtsverkehr als besonders sündhaft betrachtete. Dazu kann der Gedanke treten, daß die Tötung des Kindes durch die eigene Mutter als Verletzung des ursprünglichsten aller Bande, die die Menschen mit einander verknüpfen, dem parricidium an Schwere gleichstehe.

Wenn diese Gründe nur für die Mutter eine besonders strenge Bestrafung angezeigt erscheinen lassen, so sprechen andere Gedankenreihen dafür, die Kindestötung objektiv, d. h. allen Beteiligten gegenüber, als qualifizierten Tötungsfall aufzufassen. In erster Linie die Hilflosigkeit des Opfers, dessen Dasein den Mitmenschen wie der Rechtsordnung selbst noch unbekannt ist und das gerade darum erhöhten Schutzes bedarf. Dieser Gedanke verknüpft sich mit der Vorstellung, daß bei Kindestötung der Vorbedacht stets gegeben, der Affekt stets ausgeschlossen sei.

Auf diesen Erwägungen beruht das französische Recht. Der c. pénal 1791 hatte keine Sonderbestimmung aufgestellt. Dagegen kehrt der c. pénal 1810 zu der gemeinrechtlichen Auffassung in modernisierter Gestalt zurück. Zu ihrer Rechtfertigung führte man an: „Il est impossible que l'infanticide ne soit pas prémédité, il est impossible qu'il soit l'effêt subit de la colère ou de la haine, puisqu'un enfant, loin d'exciter de tels sentiments, ne peut inspirer que celui de pitié.“[2])

Demgemäß bestimmte Art. 300: „Est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né“, und Art. 302 bedrohte die Kindestötung, ebenso wie assassinat, parricide und empoissonnement, schlechthin mit der Todesstrafe.

Auf dem legislativen Grundgedanken von der Hilflosigkeit des Opfers ruht auch der juristische Begriff des „enfant nouveau-né“ (nato di fresco). Von einem solchen kann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Geburt und mit ihr das Dasein eines neuen Staatsbürgers bekannt oder gar die Taufe oder die Eintragung in die Standesregister vollzogen ist. Dagegen kann es von diesem Standpunkt aus keinen Unterschied machen, ob das Kind ein eheliches oder ein uneheliches ist und ob die Tat von der Mutter oder von einem Dritten begangen wurde. In der Tat hatte die Kindes-

[1]) Dagegen hat Rußland (1903) 391 Strafmilderung bei der Kindestötung.

[2]) So Staatsrat Faure im Exposé des motifs; vergl. dazu Mittermaier NA. VII 31.

tötung nach dem c. pénal für jeden der Beteiligten die Todesstrafe zur Folge.

Diese Auffassung ist leicht zu widerlegen. Die besondere Schutzlosigkeit des Neugeborenen ist jedenfalls nur dann vorhanden, wenn es der Mutter gelungen ist, Schwangerschaft wie Entbindung geheim zu halten; daß man die Heimlichkeit der Niederkunft nicht zum Tatbestandsmerkmal machte, war daher jedenfalls eine Folgewidrigkeit. Völlig willkürlich aber ist die Behauptung, daß in jedem Falle der Kindestötung Vorbedacht vorliegt und die Gemütserregung fehlt; die Erfahrung lehrt, daß der Tötungsentschluß ohne jede Überlegung im Augenblick der Entbindung selbst gefaßt werden kann und oft genug gefaßt wird.

Diese naheliegenden Bedenken waren der Grund, weshalb der c. pénal mit seiner Behandlung der Kindestötung vereinzelt geblieben ist. In Frankreich selbst gab für die Abänderung des c. pénal jedoch nicht diese Erwägung, sondern die Erfahrung den Ausschlag, daß die Geschworenen sogar geständige Kindesmörderinnen vielfach freisprachen, um sie vor der Todesstrafe zu retten. Schon das Gesetz vom 25. Juni 1824 ersetzte daher der Mutter gegenüber die Todesstrafe durch lebenslange Zwangsarbeit. Noch weiter ging das Gesetz vom 28. April 1832, welches für alle Beteiligten bei mildernden Umständen Zwangsarbeit nicht unter 5 Jahren zuließ. Dagegen kehrte das Gesetz vom 21. November 1901 wieder zu der Auffassung zurück, daß nur die Mutter selbst eine mildere Bestrafung verdiene. Dieses Gesetz gab zunächst dem § 300 die Fassung:

„L'infanticide est le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né."

Dann aber wurde dem § 302 ein Absatz beigefügt:

„Toutefois la mère, auteur principal ou complice de l'assassinat ou du meurtre de son enfant nouveau-né, sera punie, dans le premier cas, des traveux forcés à perpétuité, e dans le second cas, des travaux forcés à temps, mais sans que cette disposition puisse s'appliquer à ses coauteurs ou à ses complices."[1])

Damit hat die Kindestötung aufgehört, objektiv eine besondere Art der Tötung zu sein: sie ist Mord oder Totschlag schlechthin. Aber zu Gunsten der Mutter ist eine Strafmilderung zugelassen, die den übrigen Beteiligten niemals zugute kommt. Die Begriffsmerkmale sind im übrigen dieselben geblieben. Insbesondere wird auch jetzt zwischen der ehelichen und der unehelichen Mutter kein Unterschied gemacht.

3. **Die Kindestötung als privilegierter Fall der gemeinen Tötung.** Eine weit zurückreichende, aber seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts besonders kräftig hervortretende Bewegung hat dazu geführt, daß fast sämtliche Kulturstaaten der Gegenwart die Kindestötung mit mil-

[1]) Über die schweren technischen Mängel des Gesetzes von 1901 vergl. die Bemerkungen von Garçon Noten 10—20 zu Art. 300. — Bei der Beurteilung der Strafdrohungen ist die Zulassung mildernder Umstände nicht außer acht zu lassen; sie werden in 98—99 % aller Fälle zugebilligt.



derer Strafe als die gemeine Tötung belegen. Abgesehen von zahlreichen Abweichungen im einzelnen, auf die unten in diesem wie im nächsten Paragraphen näher eingegangen werden soll, finden sich unter diesen Gesetzgebungen zwei Gruppen. Die größere Gruppe, zu der das deutsche, ungarische, niederländische und italienische Recht gehören, verwendet die technische Bezeichnung „Kindestötung" ausschließlich für den milder bestraften Fall; die zweite kleinere Gruppe, in welcher wir Belgien und die spanisch-portugiesischen Rechte finden, versteht unter infanticidium alle Fälle der Kindestötung, die eben darum als qualifizierte Tötung mit strengerer Strafe belegt wird, und hebt dann innerhalb dieses Begriffes den milder bestraften Fall der Kindestötung hervor.

Für das RStrGB. war auch hier das preußische StrGB. vorbildlich. Hier lautete § 180:

„Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tötet, wird wegen Kindesmordes mit Zuchthaus von 5 bis zu 20 Jahren bestraft.

Wird die vorsätzliche Tötung des Kindes von einer anderen Person als der Mutter verübt, oder nimmt eine andere Person an dem Verbrechen des Kindesmordes teil, so kommen gegen dieselbe die Bestimmungen über Mord oder Totschlag sowie über die Teilnahme an diesem Verbrechen zur Anwendung."

Der erste norddeutsche Entw. behielt im § 190 die Bestimmung bei, setzte aber die Strafe auf Zuchthaus von 2—10 Jahren, bei mildernden Umständen auf Gefängnis von 2—5 Jahren herab.

Die Motive bemerken dazu: „Die Milderung des Strafmaßes beim Kindesmord und die Zulassung von mildernden Umständen ist durch die besondere Natur dieses Verbrechens und die mannigfachen dabei denkbaren Fälle geringerer Verschuldung gerechtfertigt, entspricht auch dem Vorgang vieler anderer Gesetzgebungen. Die Anwendung der ordentlichen Strafe des Mordes gegen die Teilnehmer ist eine Folge des im § 41[1]) ausgesprochenen Grundsatzes, welche zur Vermeidung von Zweifeln hier besonders auszusprechen war."

Der dritte Entw. hatte, unter wörtlicher Wiederholung der Begriffsmerkmale, für den Regelfall Zuchthaus von 3—15 Jahren, bei Vorliegen mildernder Umstände Gefängnis nicht unter zwei Jahren; die besondere Erwähnung der Teilnehmer war mit Rücksicht auf den in § 48[1]) allgemein ausgesprochenen Grundsatz als überflüssig weggelassen worden.

In dieser Gestalt ist die Bestimmung in § 217 des RStrGB. übergegangen, und zwar ohne daß die vom Reichstag beschlossene Herabsetzung des Mindestmaßes der Totschlagsstrafe auf 6 Monate Gefängnis auf den Fall der Kindestötung ausgedehnt worden wäre.

[1]) § 50 des RStrGB.

II. Der legislative Grund für die mildere Bestrafung der Kindestötung.

Im allgemeinen herrscht heute darüber Einigkeit, daß der letzte Grund für die begriffliche Ausscheidung der Kindestötung aus den übrigen Tötungsfällen in dem eigenartigen Zustand der Gebärenden oder doch der unehelich Gebärenden gelegen ist.

Darüber aber, worin dieser Zustand gelegen sei, gehen die Ansichten weit auseinander.[1])

1. Man kann den eigenartigen Zustand der Gebärenden erblicken in dem physiologischen Vorgang des Gebäraktes selbst und in der damit verbundenen Erschütterung des seelischen und körperlichen Gleichgewichtes: also in der Annahme einer verminderten Zurechnungsfähigkeit der Mutter.[2])

Geht man von diesem Standpunkt aus, so muß man folgerichtig die ehelich und die unehelich Gebärende einander gleichstellen; denn der physiologische Vorgang ist bei der einen wie bei der anderen derselbe. Nicht die Ehelichkeit oder Unehelichkeit der Entbindung, sondern die größere oder geringere Widerstandskraft der Gebärenden wird dafür entscheidend sein, ob die volle Zurechnungsfähigkeit durch den Gebärakt berührt wird oder nicht. Die Erschütterung des Gleichgewichtes kann bei der unehelich Gebärenden völlig fehlen, sie kann bei der ehelich Gebärenden in ausgesprochenstem Maß vorhanden sein.

Die Gleichstellung der ehelichen und der unehelichen Mütter findet sich denn auch in einer ganzen Reihe von Gesetzgebungen. So vor allem im französischen Recht von 1810 bis zur Gegenwart und in den StrGB. der romanischen Schweiz; ebenso in Braunschweig und noch in Bayern 1861. Das geltende österreichische Recht macht in § 139 begrifflich keinen Unterschied zwischen ehelicher und unehelicher Geburt, bestraft aber die Tötung des ehelichen Kindes mit lebenslänglichem, die des unehelichen mit 10—20jährigem schweren Kerker; und es ist bezeichnend, daß auch die sämtlichen österreichischen Entwürfe[3]) nicht nur an der begrifflichen Gleichstellung festhalten, sondern auch in der Bestrafung keinen Unterschied mehr machen. Wie die Bemerkungen zu E. V (S. 59) hervorheben, ist die Erhöhung der Strafe für die Tötung eines ehelichen Kindes von der Mehr-

[1]) Die Meinungsverschiedenheit ist deutlich bei den Vorarbeiten zum preußischen StrGB. hervorgetreten; vergl. Goltdammer, Materialien II 379.

[2]) Geschichtlich trat diese Begründung später auf als der Hinweis auf die Geschlechtsehre. Zuerst findet sie sich, klar ausgesprochen, wohl in den Motiven zum bayrischen Entw. 1824, S. 198. Vergl. dazu Wächter ANF. 1835, S. 82. Dann aber beherrscht diese Auffassung die ganze deutsche Partikulargesetzgebung. Ausdrücklich sprechen Braunschweig 149 wie Baden 216, ja sogar noch Hamburg 122, von dem „besonderen geistigen und körperlichen, die Zurechnung bei diesem Verbrechen mindernden Zustand". Ebenso die Kommentare. Carrara hat daher völlig recht, wenn er § 1226 in dieser Auffassung eine Eigentümlichkeit der „scuola Alemanna" erblickt.

[3]) Wie auch der kroatische Entw. 259.

heit der Kommission mit der folgenden Begründung abgelehnt worden: Der legislative Grund der milderen Bestrafung der Kindestötung sei vorzüglich in dem Einfluß des Gebäraktes auf das Gemüt der Mutter zu suchen, welcher Einfluß die durch die Geburt des Kindes geschaffene bedrängte Lage in besonders grellem Licht erscheinen lasse. Nun könne diese Bedrängnis, obgleich dies seltener der Fall sein wird, manchmal auch bei Geburt eines ehelichen Kindes — man denke insbesondere an drückende materielle Not — eine äußerst große und berücksichtigungswürdige sein.

Die Gleichstellung des ehelichen und des unehelichen Kindes findet sich ferner (wenn auch teilweise auf anderer Grundlage) in Spanien 424, Italien 369, im niederländischen StrGB., in den englischen Entwürfen sowie in dem Entw. eines Schweizer StrGB. Auf mehrere dieser Gesetzgebungen komme ich noch zurück. —

Wenn es nun sicher ist, daß die Verminderung der Zurechnungsfähigkeit bei der ehelichen wie bei der unehelichen Geburt im einzelnen Fall entweder gegeben oder nicht gegeben sein kann, so liegt der Gedanke nahe, die Voraussetzung, von welcher der Gesetzgeber bei der milderen Behandlung der Kindestötung ausgeht, in den Tatbestand selbst aufzunehmen. Damit ist die sonst gegebene und gewiß nicht zu billigende Aufstellung einer unwiderleglichen Präsumtion ausgeschaltet und die Berücksichtigung des einzelnen Falles ermöglicht.

Von den geltenden Rechten hat diesen Gesichtspunkt allerdings nur Zürich (1871) 131 durch die Aufnahme der Worte verwertet: „während der Geburt oder noch in dem mit dem Geburtsakt verbundenen Zustand der Erregung". Wohl aber ist sie den neueren Entwürfen nicht fremd geblieben.

Schon oben (S. 106) ist auf die Bestimmung der englischen Entwürfe von 1878 und 1880 hingewiesen. Sie machen der ehelichen oder unehelichen Mutter gegenüber die mildere Behandlung (als Totschlag statt als Mord) davon abhängig, daß die Gebärende im Augenblick der Tat „durch seelisches oder körperliches Leiden der Selbstbeherrschung beraubt gewesen" ist.

Auch bei den Vorarbeiten für den Schweizer Entw. ist diese Auffassung durchgedrungen.[1]) Art. 63 des Entw. 1903 bestimmt: „Eine Mutter, die ihr Kind vorsätzlich tötet, während sie noch unter dem Einfluß des Geburtsaktes steht, wird mit Zuchthaus bis zu 6 Jahren bestraft."

Der Stooßsche Vorentw. hatte (Art. 53) bereits den „Einfluß des Geburtsvorganges" in den Tatbestand hineingenommen; „denn die mildere Bestrafung des Kindesmordes rechtfertigt sich mit Rücksicht auf den anormalen körperlichen und geistigen Zustand der Gebärenden". Der Entw. beschränkte aber die mildere Behandlung auf die Tötung des unehelichen Kindes. Dem gegenüber verlangte Gautier die Gleichstellung der ehelichen Mutter mit der unehelichen; der körperliche Zustand sei bei dieser wie bei

[1]) Vergl. Stooß, Grundzüge II 16; Verhandlungen der Expertenkommission II 14; Bericht II 6.

jener der gleiche, der physische könne es sein, wenn die Ehefrau von ihrem Mann verlassen und mittellos sei." Gautiers Antrag wurde mit 8 gegen 7 Stimmen angenommen. In der zweiten Lesung blieb Gretener, der sich sowohl gegen das Tatbestandsmerkmal des „Geburtsvorganges" als auch gegen die Ausdehnung auf die eheliche Mutter erklärte, mit seiner Ansicht in der Minderheit.

Es ist zweifellos, daß dieser Versuch ernste Erwägung verdient[1]); doch kann darauf erst in § 15 eingegangen werden.

2. Der Grund für die mildere Behandlung der Kindestötung kann aber auch in dem psychischen Zustand der unehelich Gebärenden gefunden werden, in den auf sie eindringenden Vorstellungen, die unter dem Einfluß des physiologischen Vorganges eine besondere Stärke, vielleicht auch eine besondere Färbung erlangen. Zwei Gruppen von Vorstellungen sind es, die hier in Betracht kommen können: einmal die Sorge um die materielle Zukunft, die durch den Aufwand für das Kind und vielleicht durch den drohenden Verlust der Stellung gefährdet erscheint[2]); dann aber die Furcht vor der mit der Entdeckung verbundenen Schande. Die ältere Literatur pflegt noch die Furcht vor Mißhandlungen durch die Angehörigen hinzuzufügen. Diese Vorstellungen können, jede für sich oder in Verbindung miteinander, das Gefühl der Mutterliebe, die ja erfahrungsgemäß nicht sofort mit der Geburt, sondern erst mit der dauernden Fürsorge für das Kind erwacht, völlig verstummen lassen.

Von den beiden Vorstellungsgruppen hat die zweite einen besonderen Einfluß auf die Gesetzgebung zu gewinnen vermocht. Ihre Berücksichtigung war es, die seit der Mitte des 18. Jahrhunderts (teilweise unter Berufung auf PGO. Art. 131) ganz regelmäßig, vereinzelt auch schon früher, für die mildere Behandlung des Kindesmordes angeführt wurde. Schon Matthaeus hat (1644) auf die Furcht vor der Schande (infamiae metus) hingewiesen; von der conservatio existimationis et honoris spricht Leyser in seinen Meditationes ad Pandectas 1741; der „Schutz der Geschlechtsehre" ist es, den Friedrich der Große in seiner Dissertation von 1749[3]), Feuerbach und Grolman am Anfang des 19. Jahrhunderts wie v. Holtzendorff in unseren Tagen ins Feld geführt haben; die „scusa della causa d'onore" wird

---

[1]) v. Lilienthal Z. XV 317 hält die Fassung des Schweizer Entw. für besser als die des RStrGB. Dagegen Meyer von Schauensee, Zur Geschichte und Kritik des Stooßschen Entw. 1897 S. 58.

[2]) Gegen die Berücksichtigung dieses Momentes vergl. John Entw. S. 442.

[3]) Es ist hier nicht der Ort für dogmengeschichtliche Untersuchungen. Aber gegenüber der regelmäßig wiederkehrenden Behauptung, daß die mildere Behandlung der Kindestötung auf Beccaria zurückzuführen sei, möchte ich doch die Priorität zu Gunsten der preußischen Gesetzgebung auch hier betonen. 1740 hat Friedrich der Große an die Stelle des Säckens die einfache Enthauptung der Kindesmörderinnen gesetzt. 1749 sagt er, die unehelich Geschwängerte sei „dans le cas d'opter entre la perte de son honneur ou celle du fruit malheureux, qu'elle a conçu". Das ist die „scusa d'onore" lange vor Beccaria. Vergl. dazu Willenbücher, Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Großen, 1904 (Beling Heft 56).

von den südromanischen Schriftstellern, von Beccaria und Romagnosi bis zur Gegenwart immer und immer wieder betont.[1])

Aus diesem Gesichtspunkt heraus hat sich in der Gesetzgebung der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts die mildere Bestrafung des Kindesmordes durchgesetzt; so in Österreich 1803 und Bayern 1813, so in den italienischen Gesetzbüchern dieser Periode; selbst das StrGB. für den Kirchenstaat von 1832 kann sich der Bewegung nicht entziehen und straft (276 § 7) die Mutter milder, die ihr Kind „per sentimento d'onore" getötet hat.

Auf demselben Standpunkt steht auch die große Menge der heute geltenden StrGB.

Der „Ehrennotstand" wird nun ungleich häufiger bei der unehelich als bei der ehelich Gebärenden vorliegen. Daraus erklärt es sich, daß die Mehrzahl der Gesetzgebungen die Strafmilderung auf die Tötung des unehelichen Kindes beschränkt hat; so gerade diejenigen, die im übrigen bei der Behandlung der Tötungsdelikte dem französischen Recht folgen. Hierher gehören Belgien 396[2]); die skandinavischen Rechte, so Dänemark 192[3]), Schweden 14 § 22, Finnland 22 § 1, Island 193, Norwegen 234; ebenso Rußland geltendes Recht 1460 und StrGB. (1903) 391; endlich sei auch Ungarn 284 erwähnt, das in dieser Frage dem RStrGB. folgt.

Es ist aber auch möglich, daß der „Ehrennotstand" bei der unehelich Gebärenden fehlt; so, wenn sie wiederholt geboren, oder wenn sie sich der Prostitution ergeben hat[4]), oder wenn sie vielleicht seit Jahren in glücklichem Konkubinat lebt.

Will der Gesetzgeber also nicht mit unwiderleglichen Präsumtionen oder richtiger Fiktionen arbeiten, so muß er den Ehrennotstand, die causa d'onore, zum Tatbestandsmerkmal machen. Das hat das niederländische StrGB. getan. Dieses verlangt in den §§ 290 und 291, daß die Mutter „unter dem Einfluß der Furcht vor Entdeckung ihrer Entbindung" (under de werking van vrees voor ontdecking van hare bevalling) gehandelt hat.[5]) Die norwegischen Entwürfe hatten ebenfalls „die Absicht, die Schwangerschaft zu verheimlichen" verlangt, in dem Gesetz ist aber dieses Tatbestandsmerkmal weggefallen. Ganz besonders tritt aber dieser Gesichtspunkt in den südromanischen Rechten hervor. Zunächst schon in der spanisch-portugiesischen Gruppe. Spanien 424 verlangt, daß die Mutter gehandelt hat „por ocultar su deshonra"; ebenso Portugal 356 und im Anschluß daran die mittel- und südamerikanischen Tochterrechte. Als Beispiele führe

[1]) Vergl. für die spanische Auffassung Rivarola II 54. Unter den wenigen Gegnern dieser Ansicht wäre Hepp ANF. 1847 S. 214 zu nennen (der sich überhaupt gegen die mildere Behandlung der Kindestötung ausspricht).

[2]) Dazu Nypels II 624.

[3]) Dazu Goos I 117.

[4]) Darauf hat bereits Carrara § 1230 aufmerksam gemacht. Vergl. auch Crivellari-Suman VII 724. Auch die deutschen und italienischen StrGB. aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nehmen vielfach auf das Vorleben der Mutter Rücksicht.

[5]) Vergl. dazu Smidt II 438.

ich an: Bolivia 489 (para encubrir su frajilidad; die Täterin muß sein „y mujer no corrompida y de buena fama anterior la delincuente") und Peru 242 (la mujer de buena fama, que, por ocultar su deshonra ...).

Da diese Gruppe die Tötung eines neugeborenen Kindes grundsätzlich als schwerer bestraften Fall der Tötung behandelt, tritt die strafmildernde Bedeutung des „Ehrennotstandes" besonders scharf hervor.

Interessant ist die Entwicklung der italienischen Gesetzgebung. Noch das sardinische StrGB. (1859) 525 hatte die Tötung eines neugeborenen Kindes, das noch nicht getauft oder in die Geburtsregister eingetragen war, im Anschluß an das französische Vorbild mit strengerer Strafe belegt. Im Entw. 1868 ist dieser Standpunkt aufgegeben, das Motiv der Ehrenrettung zum Begriffsmerkmal gemacht und für diesen Fall mildere Strafe angedroht. Dagegen betrachten die Entwürfe 1870 bis 1887 die Tötung eines Neugeborenen an sich als qualifizierte Tötung, während sie gleichzeitig den Ehrennotstand als Milderungsgrund verwerten. 1887 kehrte Zanardelli, entgegen seinem 1883 gemachten Vorschlag, zur Auffassung des ersten Entw. (1868) wieder zurück[1]) und machte die scusa della causa d'onore wieder zum Begriffsmerkmal. Die Kommission der zweiten Kammer sprach sich in ihrer Mehrheit gegen den Vorschlag des Ministers aus; im Senat waren die Meinungen geteilt, und so drang Zanardellis Vorschlag mit Mühe und Not durch. Art. 369 des Gesetzes lautet nunmehr: „Ist das Verbrechen des Art. 364 an einem in die Personenstandesregister noch nicht eingetragenen Kind innerhalb der ersten fünf Tage seit der Geburt zur Rettung der eigenen Ehre oder der Ehre der Ehefrau, der Mutter, der Deszendentin, der Adoptivtochter oder der Schwester begangen, so ist die Strafe Gefängnis (detenzione) von 3—12 Jahren."

Die Ausdehnung der Strafmilderung auf andere Personen, als die Kindesmutter selbst, wird sofort besprochen werden. Für den Augenblick genügt es mir, festzustellen, daß der Gedanke, den Begriff des Kindesmordes dadurch einzuengen, daß die Voraussetzung für seine geringere Strafwürdigkeit unter die Tatbestandsmerkmale aufgenommen wird, in der modernen Gesetzgebung überaus häufig Verwertung gefunden hat.

III. Folgesätze.

Sieht man den Grund für die mildere Behandlung der Kindestötung in dem physiologischen Vorgang der Entbindung, so ist klar, daß nur die Gebärende selbst auf Strafmilderung Anspruch machen kann. Die Sachlage verschiebt sich aber sofort, wenn man das Schwergewicht auf den Ehrennotstand verlegt. Allerdings wird die Furcht vor der mit der Entdeckung verbundenen Schande gerade der unehelichen Mutter mit besonderer Lebendigkeit ins Bewußtsein treten, und der Gebärakt selbst wird diesen Zustand psychischer Erregung möglicherweise bis zur

[1]) Relazione ministeriale Kap. 145 (S. 290).

Verminderung der Zurechnungsfähigkeit steigern; aber es ist nicht ausgeschlossen, daß auch bei anderen der Gebärenden nahestehenden Personen der Gedanke der Ehrenrettung alle anderen Erwägungen in den Hintergrund drängt, die Hemmungsvorstellungen ausschaltet und die Tat auslöst.

Es ist daher begreiflich, daß die Gesetzgebungen, für welche die causa honoris bestimmend gewesen ist, die Strafmilderung nicht auf die Mutter selbst beschränken, sondern sie auch anderen Personen gewähren.

Das gilt für die ganze Gruppe der südromanischen Rechte. Spanien 424 und Portugal 356 haben mildere Strafe gegen die abuelos maternos, also die Großeltern des Kindes mütterlicherseits, die Eltern der Gebärenden[1]), die das Kind töten, um die Unehre der Mutter zu verbergen; ebenso Argentinien, Honduras, Kolumbien, Paraguay, Peru und andere. Dabei ist die gewährte Strafmilderung zumeist geringer als der Mutter gegenüber.

Wesentlich weiter geht Tessin (1873), das in Art. 328 die Milderung auf jeden Täter ausdehnt, der die Familienehre retten wollte. Wesentlich weiter auch der oben S. 114 angeführte Art. 369 des italienischen StrGB.

Freilich weisen die verschiedenen Entwürfe manche Schwankung auf. Der Entw. Pessina 1885 hatte das Motiv der Ehrenrettung allgemein als Milderungsgrund aufgestellt und damit die Möglichkeit geschaffen, daß selbst der Verführer des Mädchens für die Tötung seines Kindes sich auf den Ehrennotstand berufen konnte. Zanardelli wählte dann die in das Gesetz übergegangene Fassung, die in der italienischen Literatur überwiegend Zustimmung gefunden hat.[2]) Erwähnung verdient, daß der Vorschlag Pessinas auch während der Vorarbeiten zum chilenischen StrGB. 1889 auftauchte. Der Entw. wollte Strafmilderung gewähren, „wenn die Kindestötung begangen wurde, um die Ehre der Mutter in Rücksicht auf ihre gesellschaftliche Stellung zu retten"; der Vorschlag wurde aber abgelehnt, weil diese Rücksicht auf die gesellschaftliche Stellung der Verfassung unbekannt und mit den demokratischen Anschauungen des Landes unvereinbar sei.[3]) Uruguay (1890) dagegen schließt sich hier wie sonst eng an das italienische Vorbild an und privilegiert in Art. 339, außer der Gebärenden selbst, die legitimen Eltern, die natürlichen und Adoptiveltern, den Mann, den Sohn, den Bruder der Schwangeren.

Den übrigen Rechtssystemen ist die Ausdehnung über die Mutter hinaus fremd geblieben.[4])

---

[1]) Nicht die „väterlichen Großväter", wie Rosenfeld 21 übersetzt.

[2]) Vergl. Crivellari-Suman VII 724.

[3]) Hartwig Z. XX 221.

[4]) Gegen sie spricht sich aus Stooß, Grundzüge II 16, während sie gebilligt wird von Rivarola II 59.

§ 15.

Legislative Vorschläge.

I. Die Berechtigung einer Sonderbestimmung für die Kindestötung. II. Der Tatbestand der Kindestötung. III. Unterscheidungen innerhalb der Kindestötung. IV. Der Strafrahmen für die Kindestötung. V. Die Behandlung anderer beteiligter Personen. VI. Die Nebendelikte.

I. Die Berechtigung einer Sonderbestimmung für die Kindestötung.

Die mildernde Auszeichnung der Kindestötung liegt in der unzweifelhaften Entwicklungsrichtung der Strafgesetzgebung sämtlicher Kulturstaaten. Es müßten zwingende Gründe beigebracht werden, um die Rückkehr zu der älteren Auffassung, sei es zu der des englischen Rechts (gemeine Tötung), sei es zu jener des c. pénal (qualifizierte Tötung), als gerechtfertigt erscheinen zu lassen.

Solche Gründe liegen nicht vor.

Nicht beweisend ist insbesondere die in der älteren Literatur oft genug verwertete Tatsache, daß die Gesetzgebungen in der Auffassung des Umstandes, von dessen Vorliegen sie den Eintritt der Milderung abhängig machen, voneinander abweichen. Es ist richtig, daß dort der physiologische Vorgang der Entbindung, hier das Motiv der Ehrenrettung betont wird. Aber die beiden Gründe schließen sich nicht aus. Gerade durch den Gebärakt kann die ruhige Überlegung ausgeschlossen und die Furcht vor der mit der Entdeckung verbundenen Schande ins Ungemessene gesteigert werden.

Wohl aber wird der Gesetzgeber gut tun, sich darüber klar zu werden, auf welches der beiden Momente er, ohne damit das andere notwendig auszuschalten, das entscheidende Gewicht legen will. Und da spricht nicht nur die geschichtliche Entwicklung, sondern auch der innere Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen zu gunsten der causa honoris.

Die Erschütterung des seelischen und körperlichen Gleichgewichtes, die durch den Gebärakt selbst, abgesehen von den auf die unehelich Gebärende einstürmenden Vorstellungen und Empfindungen, hervorgerufen wurde, fällt unter den Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit. Wird dieser, wie zu erwarten steht, in den allgemeinen Teil des künftigen Gesetzbuches aufgenommen, so bedarf die verminderte Zurechnungsfähigkeit bei der Kindestötung keiner besonderen Berücksichtigung mehr.[1] Die Ausscheidung der Kindestötung aus dem Gattungsbegriff der Tötung würde in diesem Falle bedeuten, daß bei jedem anderen Verbrecher die verminderte Zurechnungsfähigkeit im Einzelfall nachgewiesen werden muß, bei der Kindesmörderin aber fingiert wird. Wenn man aber, wie der Schweizer Entw. es tut, „den Einfluß des Geburtsaktes" in den Tatbestand aufnimmt, so ist erst recht unklar, wie diese Bestimmung gegenüber der allgemeinen Berücksichtigung der verminderten Zurechnungsfähigkeit gehandhabt werden soll. Soll damit

[1]) Ebenso Geyer II 8; dagegen Wehrli 53.

nur ein besonderer Fall der verminderten Zurechnungsfähigkeit gemeint sein, so ist die Bestimmung überflüssig; soll die Strafmilderung auch bei nicht verminderter Zurechnungsfähigkeit eintreten, so ist sie ungerecht.[1]

Dagegen greift der Begriff des Ehrennotstandes über den der verminderten Zurechnungsfähigkeit hinaus. Es kann sein, daß er eine Störung des seelischen Gleichgewichtes zur Folge hat, die uns berechtigt, von verminderter Zurechnungsfähigkeit zu sprechen. Aber notwendig ist das nicht. Und auch in den Fällen, in denen eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit zweifellos ausgeschlossen ist, verdient nach der heute herrschenden Auffassung die im Ehrennotstand begangene Handlung, da sie keine besonders antisoziale Gesinnung des Täters erkennen läßt, die Berücksichtigung des Strafgesetzgebers.

Der Ehrennotstand, um den es sich dabei handelt, ist die Furcht vor der Entdeckung der bis dahin verborgen gebliebenen Schwangerschaft und der damit verbundenen Schande.[2] Er ist nicht gegeben, wenn die Schwangerschaft bekannt gewesen ist, und er fällt weg, wenn die Geburt bekannt wird. Das wird der Gesetzgeber nicht aus dem Auge lassen dürfen. Dieser Gedanke, freilich in Verbindung mit dem anderen der Schutzlosigkeit des Neugeborenen, tritt deutlich in den romanischen Rechten hervor, die die Tötung eines noch nicht in das Standesregister eingetragenen Kindes erfordern (siehe oben § 14).

Aber noch ein anderes Moment wird der Gesetzgeber in Erwägung ziehen müssen. Die weitgehende Berücksichtigung des Ehrennotstandes bei der Kindestötung hat nur darum Eingang in die Gesetzgebungen gefunden, weil man annahm und auch noch heute annimmt, daß die motivierende Kraft der Vorstellungen, die den Ehrennotstand begründen, unter dem Einfluß des Gebäraktes wesentlich gesteigert werde. Gerade, nachdem ich oben auf die Notwendigkeit hingewiesen habe, die beiden Momente, das physiologische und das psychische, zunächst auseinander zu halten, möchte ich um so schärfer betonen, daß sie nur in ihrer Verbindung die mildere Behandlung der Kindestötung zu rechtfertigen vermögen. Der Ehrennotstand kann fortdauern, auch nachdem die seelischen und körperlichen Folgen der Entbindung längst verschwunden sind. Dem wohlhabenden Mädchen ist es vielleicht gelungen, in aller Stille die Entbindung abzumachen und das Kind durch die Hebamme unterbringen zu lassen; nach Monaten oder nach Jahren droht ihr die Entdeckung: der Ehrennotstand ist da, und doch denkt kein StrGB. der Welt daran, der Mutter, die jetzt das Kind tötet, um ihre Ehre zu retten, die

[1]) Der römische Kassationshof hat in der Entscheidung vom 3. Mai 1899 (Rivista penale L 88) erklärt, daß bei einer Anklage wegen Kindestötung eine besondere Frage auf verminderte Zurechnungsfähigkeit unzulässig sei. Diese Entscheidung, die von Puglia, Lucchini u. a. für bedenklich erachtet wird, steht, wie ich glaube, im Widerspruch zu dem Grundgedanken des italienischen StrGB., würde aber dem Schweizer Entw. gegenüber durchaus zutreffen. Vergl. dazu Impallomeni 561.

[2]) Richtig bezeichnet daher Carrara § 1212 „l'occultamento della nascita" als die causa der Tötung. Vergl. auch Wächter ANF. 1835 S. 80.

Strafmilderung zuteil werden zu lassen. Nur im Zusammenhang mit dem Geburtsvorgang vermag der Ehrennotstand die Strafmilderung für die Kindestötung zu rechtfertigen.

II. Der Tatbestand der Kindestötung.

1. Die Voraussetzungen, die allein eine mildere Behandlung der Kindestötung rechtfertigen, müssen in den Tatbestand des Deliktes aufgenommen werden.[1]) Mit ihrem Grund muß auch die Milderung entfallen. Das hat sowohl der Schweizer Entw. getan, wie auch die Strafgesetzbücher Italiens und der Niederlande. Freilich hat der Schweizer Entw. nicht den entscheidenden Grund hervorgehoben, und der Begriff der „Ehrenrettung" im italienischen Recht ist zu unbestimmt, weil er den Inhalt des Ehrennotstandes nicht ausdrücklich angibt. Dagegen hat das niederländische StrGB. die richtige Fassung getroffen. „Unter dem Einfluß der Furcht vor Entdeckung der Schwangerschaft" muß die Gebärende gehandelt haben, um der Strafmilderung teilhaftig zu werden. Diese Worte müssen also zum Tatbestandsmerkmal gemacht werden.

2. Damit entfällt aber auch jeder Grund, zwischen der ehelichen und der unehelichen Mutter zu unterscheiden. Es wird ja allerdings nur äußerst selten ein Fall sich ereignen, in dem die eheliche Mutter die Schwangerschaft zu verbergen und deren Entdeckung zu fürchten einen genügenden Grund hat. Man könnte etwa daran denken, daß die Ehe, der das Kind entstammt, aus diesem oder jenem Grund verheimlicht werden soll. Aber wenn solche Fälle nur selten oder gar nicht vorkommen, so verschlägt das nichts. Dafür hätte, und das verdient Beachtung, die Beseitigung der auch vom RStrGB. festgehaltenen Unterscheidung den Wegfall aller der Streitfragen zur erfreulichen Folge, die sich an jene knüpfen.

Mag man die zivilrechtlichen Vermutungen über die Ehelichkeit eines Kindes auch strafrechtlich für maßgebend erklären oder ihre strafrechtliche Bedeutung ablehnen[2]), stets wird man auf schwierige Zweifelsfragen stoßen. Das von der Frau im Ehebruch empfangene Kind wird man wohl als unehelich im Sinne des § 217 des StrGB. betrachten müssen, auch wenn der Ehemann noch nicht in die Lage gekommen ist oder auch gar nicht die Absicht hat, die Ehelichkeit zu bestreiten.[3]) Ob für Kinder aus nichtigen Ehen BGB. § 1699 maßgebend ist, wie Frank und wohl auch Olshausen annehmen, ist zum mindesten zweifelhaft; und wie es mit dem vom Ehemann, aber vor Abschluß der Ehe, gezeugten Kind zu halten sei, ist von jeher bestritten.[4])

[1]) So schon Krug, Ideen, 1857 S. 341; John, Entw. S. 444.

[2]) Vergl. etwa Binding I 32; Katzenstein Z. XXIV 558.

[3]) In der deutschen Literatur herrschende Ansicht. Vergl. einerseits Goltdammer, Materialien II 381 (unter Berufung auf Abegg, Grolman, Tittmann, Wächter, Henke), andrerseits Frank § 217 II. In der ausländischen Literatur und Rechtsprechung überwiegt die entgegengesetzte Auffassung. Ausdrücklich wird hier Kindestötung angenommen von Sachsen (1855 und 1868) 159.

[4]) Für unehelich im Sinne des § 217 halten das Kind in diesem Fall: v. Holtzendorff III 450; Cloßmann 30; Katzenstein Z. XXIV 560; die gegenteilige Ansicht

Und dann gar erst die nach allen Richtungen hin zweifelhafte Frage, welchen Einfluß ein Irrtum der Mütter über die Ehelichkeit des Kindes auf die Anwendung des § 217 ausüben soll![1]) Alle diese Streitfragen fallen hinweg, wenn der Tatbestand zwischen der ehelichen und der unehelichen Mutter keinen Unterschied mehr macht.

3. Die Berücksichtigung des Motives der Ehrenrettung bei andern Personen als der Gebärenden selbst, muß nach dem Gesagten unbedingt abgelehnt werden. Die südromanischen Rechte haben allerdings die Ausdehnung in weiterem oder engerem Rahmen durchgeführt. Durchschlagend spricht gegen diese Ausdehnung die Erwägung, daß nicht die Furcht vor der Schande an sich, sondern die motivierende Kraft, die diese Vorstellung unter dem Einfluß des Gebäraktes erlangen kann, die Rechtfertigung für die Strafmilderung abgibt. Über die Behandlung der Teilnehmer wird noch zu sprechen sein; aber als Täter haben dritte Personen, seien es auch die nächsten Angehörigen, keinen anderen Anspruch, als daß innerhalb des Strafrahmens für die gemeine vorsätzliche Tötung das Motiv ihrer Tat berücksichtigt wird. Ihre Pflicht ist es, der Gefallenen beizustehen, sie aufzurichten, ihr bei der Aufziehung des Kindes zu helfen. Durch die Nichterfüllung dieser Pflicht wird die Strafwürdigkeit der Kindestötung nicht gemildert, sondern qualifiziert. Und denkt man gar an den Fall, daß die Schwangere das Kind erhalten und für seine Erziehung Sorge tragen will, so ist es klar, daß für den Vater oder den Bruder des Mädchens, der trotzdem in überspannter Ehrliebe das Kind tötet, Milderung nicht am Platze ist.

4. Durch die Aufnahme des Motives der Ehrenrettung in den Tatbestand der Kindestötung wird eine Vorschrift darüber nicht überflüssig gemacht, daß die Tötung innerhalb einer bestimmten Frist nach dem Ablauf des Gebäraktes vorgenommen sein muß, um auf die Strafmilderung Anspruch machen zu können. Die Gesetzgebung hat an einer solchen Befristung allgemein festgehalten. Im einzelnen zeigen sich starke Abweichungen. Die älteren StrGB. hatten zumeist eine ziffermäßige Begrenzung von 24 Stunden bis zu 8 Tagen. Aber auch der heutigen Gesetzgebung ist diese Begrenzung nicht fremd. Die nord- und südromanischen Rechte gelangen zu ihr durch die Erwägung, daß mit dem Bekanntwerden der Geburt, besonders aber mit der Eintragung in die Standesregister, die besondere Schutzlosigkeit und Schutzbedürftigkeit des Neugeborenen wegfällt. Am klarsten spricht dies Italien 369 mit den Worten aus; „Wer ein noch nicht in die Standesregister eingetragenes Kind innerhalb der ersten fünf Tage seit der Geburt tötet“; denn die Anmeldung zum Standesregister hat nach italienischem Recht innerhalb dieser fünftägigen Frist zu erfolgen.[2])

---

vertreten die preußische Rechtsprechung; Berner 521; Merkel in HR.; Haelschner I 60; Meyer 466; Frank § 217 II; Olshausen § 217 Note 2; Wehrli 68.

[1]) Literatur bei v. Liszt § 84 Note 3.

[2]) Gegen diese Bestimmung vergl. Simon Thomas 80.

Die naheliegenden Bedenken gegen diese rein ziffermäßige Abgrenzung haben dahin geführt, daß die Mehrzahl der StrGB. sich mit der allgemeinen Wendung begnügt: „in oder gleich nach der Geburt". Als Beispiele seien außer dem RStrGB. noch genannt Belgien 396 („immédiatement après"), Ungarn 284 („bald darnach"), Niederlande 290, 291 („kurz nach der Geburt"), Dänemark 192 (strax efter). In der Auslegung des RStrGB. stimmen Literatur und Rechtsprechung miteinander überein. Entscheidend ist die Kontinuität zwischen dem Gebärakt und der Tötung. Der Zeitraum „gleich nach der Geburt" dauert mithin so lange wie der eigenartige Zustand der Gebärenden, der den Grund für die Strafmilderung abgibt.[1]) Diese Übereinstimmung zeigt, daß das Merkmal „gleich nach der Geburt", wenn auch nicht ganz einwandfrei, so doch brauchbar ist. Es kann aber auch nach dem oben S. 117 Gesagten nicht entbehrt werden.

Auch in dieser Beziehung ist die Fassung des niederländischen StrGB. die gelungenste. Die Worte: „Die Mutter, die unter dem Einfluß der Furcht vor Entdeckung ihrer Entbindung ihr Kind bei oder kurz nach der Geburt vorsätzlich tötet", entsprechen in jeder Beziehung dem legislativen Grundgedanken.

Der Reichsgesetzgeber wird gut daran tun, bei der Aufstellung seines Entw. sich an diese Bestimmung des niederländischen StrGB. zu halten.

III. Unterscheidungen innerhalb der Kindestötung.

1. Eine Unterscheidung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Kindestötung ist überflüssig. Der mildere Strafrahmen für fahrlässige Tötung überhaupt reicht auch für die fahrlässige Kindestötung aus.[2]) Dabei hat der Gesetzgeber freilich darauf Rücksicht zu nehmen, daß die Grenzlinien zwischen fahrlässiger Tötung der Leibesfrucht und fahrlässiger Tötung des Neugeborenen ineinanderfließen.[3]) In der Gesetzgebung findet sich die besondere Erwähnung der fahrlässigen Kindestötung nur ganz ausnahmsweise; so besonders in Finnland 22 § 2, hier aber im engsten Zusammenhang mit dem unten zu besprechenden Nebendelikt der heimlichen Niederkunft.

2. Die Unterscheidung zwischen Kindesmord und Kindestotschlag, gestützt auf das Merkmal des Vorbedachtes oder der Überlegung, war der deutschen Partikulargesetzgebung durchaus geläufig.[4]) Sie wurde auch bei den Vorarbeiten zum preußischen StrGB. vielfach besprochen, aber abgelehnt.[5]) Auch die StrGB. der Schweiz kennen sie. Belgien 396 straft strenger bei Prämeditation; Dänemark 192, wenn der Entschluß, die Tat zu verüben,

[1]) Frank § 217 IV, Binding I 33, Olshausen § 217 Note 3, v. Holtzendorff III 454, E II 153. Ebenso Nypels II 624 (unter Berufung auf v. Holtzendorff), Goos I 117. Einschränkend dagegen Meyer 466 Note 15. Wesentlich weitergehend Goltdammer, Materialien II 382. Über die ältere Literatur vergl. etwa Mittermaier NA. VII 310, Hepp ANF. 1847 S. 204.

[2]) Dagegen Carrara § 1227.

[3]) S. o. § 2 I.

[4]) Vergl. Württemberg 249, Braunschweig 149, Hessen 259, Baden 215.

[5]) Goltdammer, Materialien II 379.

schon vor der Geburt gefaßt worden ist.[1]) Diese Auffassung vertritt mit besonderer Schärfe unter Verwendung der Ausdrücke Kindesmord und Kindestotschlag das niederländische StrGB. 290 und 291: „Kindesmord begeht die Mutter, welche zur Ausführung eines unter dem Einfluß der Furcht vor Entdeckung ihrer bevorstehenden Niederkunft gefaßten Entschlusses ihr Kind bei oder kurz nach der Geburt vorsätzlich tötet."

Diese Unterscheidung muß als verunglückt bezeichnet werden; ganz abgesehen von den Bedenken, die gegen die Verwendung des Merkmales der Überlegung oder des Vorbedachtes zur Unterscheidung von Mord und Totschlag überhaupt geltend gemacht worden sind, schon deshalb, weil das für jene Unterscheidung verwendete Merkmal hier plötzlich durch ein ganz anderes ersetzt wird.[2]) Art. 291 des niederländischen StrGB. legt das Schwergewicht auf das zeitliche Moment; gerade dies soll aber für das Vorliegen des Vorbedachtes sonst nicht maßgebend sein.[3])

Ein einheitlicher Strafrahmen wird für sämtliche Fälle der vorsätzlichen Kindestötung durchaus genügen.

3. Auch die besondere Hervorhebung der pflichtwidrigen Unterlassung, sei es, um sie dem Tun auch in der Bestrafung gleichzustellen, sei es, um sie milder zu bestrafen, empfiehlt sich nicht. Sie findet sich, abgesehen von einer ganzen Reihe von Schweizer Kantonen, besonders im geltenden österreichischen Recht und in den sämtlichen österreichischen Entwürfen, sowie im kroatischen Entw. 1879; ferner in Schweden 14 § 22 und Finnland 22 § 1; auch in einzelnen süd- und mittelamerikanischen Rechten.

Nach der deutschen Rechtsauffassung steht die rechtspflichtwidrige Unterlassung dem Tun gleich; eine besondere Hervorhebung dieses allgemeinen Satzes bei der Kindestötung müßte zu Mißverständnissen Anlaß geben. Anders freilich wäre es in den Rechten, die diese Auffassung nicht teilen.[4]) Die geringere Intensität der verbrecherischen Gesinnung, die bei Begehung durch Unterlassung vielleicht, nicht notwendig und nicht immer, sich äußert, kann bei der Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens genügende Berücksichtigung finden.

IV. Der Strafrahmen für die Kindestötung.

1. Das geltende deutsche Recht hat bei Aufstellung des Strafrahmens für die Kindestötung nur die Todesstrafe und die lebenslange Zuchthausstrafe ausgeschlossen. Der regelmäßige Strafrahmen ist Zuchthaus von 3—15 Jahren; bei mildernden Umständen tritt Gefängnisstrafe von 2 bis zu 5 Jahren ein.

Daß das Mindestmaß von 2 Jahren Gefängnis gegenüber den 6 Monaten Gefängnis beim gemeinen Totschlag einen Redaktionsfehler darstellt und

---

[1]) Goos I 117 hebt hervor, daß der Ausdruck „Überlegung" absichtlich vermieden worden sei.

[2]) Siehe die vorangehende Note.

[3]) Vergl. oben § 6 S. 45 Note 1.

[4]) Vergl. oben § 2 S. 15 Note 3.

demgemäß abzuändern ist, bedarf keiner näheren Begründung. Das Mindestmaß der Freiheitsstrafe für Kindestötung muß unter das Mindestmaß für die gemeine vorsätzliche Tötung herabgesetzt werden oder diesem doch wenigstens gleichkommen. Dagegen fragt es sich, ob die Zuchthausstrafe hier überhaupt am Platze oder doch, ob das Höchstmaß von 15 Jahren Zuchthaus nicht viel zu hoch gegriffen ist. Für die Beantwortung dieser Frage sind zunächst die Zahlenreihen der Kriminalstatistik zu Rate zu ziehen.

Diese ergeben wenigstens für das Deutsche Reich eine Abnahme der Verurteilungen wegen Kindestötung.

In Frankreich ist die Bewegung sehr ungleichmäßig. Es betrug der Jahresdurchschnitt in den aufeinander folgenden Jahrzehnten von 1826 bis 1900:

102, 113, 94, 103, 135, 157, 143, 167, 152, 172, 183, 212, 214, 252, 206, 230, 186, 209, 206, 224, 194, 219, 176, 173, 144, 107.

Bis 1880 also eine stark aufsteigende Bewegung, nachher, besonders seit 1890, eine auffallende Abnahme. Und diese fällt ungefähr zusammen mit der Milderung der Strafe gegenüber der Mutter durch das Gesetz von 1901.

Dagegen weist Österreich eine beträchtliche Abnahme auf. In den drei Jahrzehnten 1870 bis 1899 war die Zahl der Verurteilten: 1094, 1098, 840; Abnahme mithin 23,2 %.

Nach der Reichskriminalstatistik sind die absoluten Zahlen der wegen Kindestötung verurteilten Personen dieselben geblieben, die der Handlungen, wegen deren eine Verurteilung erfolgte, gestiegen. Das Jahrzehnt 1882/91 ergab für erstere 172, für letztere ebenfalls 172; das Jahrzehnt 1892/01 181 bezw. 182. Die Relativzahlen dagegen zeigen eine Abnahme: bei ersteren von 0,53 auf 0,49, also um 7,5 %, bei letzterem von 0,37 auf 0,35, also um 5,4 %. Die Bewegung hält an: 1902 wurde wegen 179, 1903 wegen nur 135 Fällen verurteilt.

Eine Milderung der Strafdrohung scheint mithin als unbedenklich. Andere Erwägungen unterstützen dieses Ergebnis. An der Kindestötung ist das flache Land stärker als die städtische Bevölkerung vertreten[1]; sie ist ein Verbrechen der ärmeren Volksklassen und wird, wie Weisz und Starke nachgewiesen haben, durch die Höhe der Getreidepreise stark beeinflußt. Der Schluß auf die geringe Gemeingefährlichkeit der Täterinnen liegt daher nahe.

In der Tat stehen die strengen Strafdrohungen gegen die Kindestötung auf dem Papier; die deutschen Gerichte bringen sie kaum zur Anwendung.

Wie die Kriminalstatistik für 1889—1903 ergibt, wird auf Zuchthaus überhaupt in etwa 12 %, auf Zuchthaus von mehr als 5 Jahren in etwa 2,5 % aller Fälle erkannt. Etwa drei Viertel aller Verurteilungen bewegen sich zwischen 2 und 5 Jahren Gefängnis. Es dürfte also ein Höchstmaß

[1]) Vergl. die Untersuchungen von Prinzing Z. XXII 582 und Socquet.

der Freiheitsstrafe von 5 Jahren vollauf genügen, die Androhung der Zuchthausstrafe überflüssig sein. Der Strafrahmen könnte also ohne Gefahr für die Rechtssicherheit etwa mit Gefängnis von dem allgemeinen gesetzlichen Mindestmaß bis zu 5 Jahren angesetzt werden.

2. Rückfallschärfung bei Kindestötung hat sich schon in den deutschen Partikulargesetzgebungen gefunden; so z. B. in Bayern (1813) 158. Norwegen 234 Abs. 2 bestimmt[1]): „im Rückfall, oder wenn sonst erschwerende Umstände vorliegen, kann auf Gefängnis bis zu 12 Jahren erkannt werden." Es wird sich aber nicht empfehlen, die Frage der Rückfallschärfung nur für dieses oder jenes Delikt zu behandeln; ihre Beantwortung ist vielmehr Sache des allgemeinen Teiles.

3. Noch eine weitere Besonderheit weist das norwegische StrGB. auf. Nach dem 3. Abs. des § 234 kann der Versuch straflos gelassen werden, „sofern dem Kinde keine schwere Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung zugefügt worden ist". Die Motive zu dem Entw. 1896 S. 217 rechtfertigen die Bestimmung mit dem Hinweis auf das Interesse des Kindes selbst sowie auf die geringe Gefährlichkeit der Tat und der Täterin für die Gesellschaft; die augenblickliche Verwirrung, die keine Folgen nach sich gezogen hat, könne der Strafrichter ungestraft lassen.

Auch gegen diese Bestimmung habe ich dasselbe Bedenken, wie gegen die Rückfallschärfung. Es geht nicht an, einen legislativen Gedanken, der allgemeine Bedeutung für die verschiedensten Deliktsgruppen hat, bloß bei einem Sonderdelikt zu berücksichtigen.

V. Die Behandlung anderer beteiligter Personen.

In der deutschen Wissenschaft und Rechtsprechung steht es fest, daß die Strafmilderung des § 217 nur der Mutter gegenüber zur Anwendung kommt, ihr gegenüber aber auch dann, wenn sie nicht Täterin, sondern nur Teilnehmerin ist. Dritte Personen, die als Täter oder Teilnehmer an der Tat beteiligt sind, werden nach den Bestimmungen über gemeine Tötung beurteilt. Die Grundlage für diese Auffassung bildet § 50 des RStrGB.

Einzelne Gesetzgebungen haben es für notwendig erachtet, das ausdrücklich auszusprechen; so Finnland 22 § 1, das französische Gesetz von 1901 und das niederländische StrGB. 292. In anderen Ländern ist die Frage bestritten. Für Belgien erklärt Nypels[2]), daß die Nichtanwendung auf dritte Personen sich nicht von selbst verstehe, daß man sich aber der ausdrücklichen Erklärung der Motive zu fügen habe. Der römische Kassationshof hat in einer viel besprochenen Entscheidung vom 27. Januar 1892 angenommen, daß Kindestötung ein selbständiges Delikt sei, die Milderung also auch den Teilnehmern gegenüber zur Anwendung kommen müsse, bei denen die Voraussetzungen des Gesetzes nicht vorliegen. In der italienischen Literatur hat diese Ansicht lebhaften Widerspruch gefunden. Impallomeni und andere vertreten, wie schon Carrara, die höchstpersönliche,

[1]) Ähnlich das norwegische StrGB. von 1842 Kap. 14 § 16.

[2]) Nypels II 629.

also nicht konstitutive Natur der causa d'onore.[1]) Auf demselben Standpunkte stehen Goos für das skandinavische, Finger und Lammasch für das österreichische Recht.[2])

Gegen die herrschende Ansicht der deutschen und italienischen Literatur läßt sich ein wenig beachtetes Bedenken vorbringen. Wenn wirklich, wie regelmäßig angenommen zu werden pflegt, die Kindestötung ein selbständiges Delikt ist, dann sind seine sämtlichen Tatbestandsmerkmale konstitutiv, d. h. sie müssen bei der Tätertat vorliegen, um auf die Teilnehmer angewendet zu werden, und können auf diese nur Anwendung finden, wenn sie in der Tat des Täters Verwirklichung gefunden haben. Darnach wären Teilnehmer an der Kindestötung stets nach § 217 zu bestrafen; und wenn der Vater das Kind tötet und die Mutter ihm dabei hilft, so wären auch auf diese die Bestimmungen über gemeine vorsätzliche Tötung anzuwenden. Gegen diese Ansicht kann § 50 überhaupt nicht ins Feld geführt werden; denn ob es sich um einen persönlichen Milderungsgrund handelt oder nicht, ist eben die Streitfrage.

Bei der Revision unseres RStrGB. wird hoffentlich auch der teils nichtssagende, teils völlig verfehlte § 50 einer gründlichen Prüfung unterzogen werden. Nur aus allgemeinen Gesichtspunkten heraus kann die hier erwähnte Frage eine sichere Lösung finden.

VI. Die Nebendelikte.

1. Das gemeine Recht und die ihm folgenden Gesetzgebungen hatten vielfach die Verheimlichung der Schwangerschaft oder der Entbindung als selbständige Delikte unter Strafe gestellt. Damit steht es im Zusammenhang, wenn noch Preußen 186 Abs. 2 die Mutter mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bedrohte, „die den Leichnam ihres unehelichen neugeborenen Kindes ohne Vorwissen der Behörde beerdigt oder beiseite schafft.“[3])

Auch das englische common law erwähnt diese Delikte, deren Tatbestand in der OPA. s. 60 näher umschrieben ist, und die Entwürfe von 1878 ff. haben sie beibehalten.[4]) Ähnliche Bestimmungen kennt auch das dänische Recht 194, 195 (uforsvarlig Omgang ved Barnefødsel). Ihre Wiederaufnahme in das deutsche Recht wird wohl von keiner Seite vorgeschlagen werden.

2. Von ganz anderer Bedeutung sind die an das finnländische Vorbild sich anschließenden Bestimmungen des norwegischen StrGB., durch welche die Pflichten des Schwängerers und anderer Personen gegen die Schwangere und die Gesellschaft unter Strafschutz gestellt werden. Ihrer Wichtigkeit wegen führe ich sie hier ihrem wesentlichen Inhalt nach an.

§ 3 des finnländischen StrGB. lautet:

[1]) Carrara § 1229, Impallomeni 555.
[2]) Goos I 117, Finger II 13, Lammasch 54.
[3]) Vergl. auch noch Goltdammer GA. XIV 73.
[4]) Stephen Art. 256.

„Wenn ein Vater, eine Mutter, ein Hausherr oder eine Hausfrau, welche Kenntnis davon haben, daß eine Frau, die bei ihnen wohnt und unter ihrem Gehorsam steht, infolge unehelichen Beischlafes[1]) schwanger geworden ist, es unterlassen, ihr bei der Niederkunft die Pflege angedeihen zu lassen, die ihr Zustand erfordert und dadurch den Tod des Kindes verschulden, so werden sie mit Geldstrafe bis zu 300 Mark oder Gefängnis bis zu 3 Monaten bestraft. Gleiche Strafe trifft den Beischläfer, wenn er mit Kenntnis von der Schwangerschaft und Notlage der Frau dieselbe ohne Unterstützung oder nötige Pflege läßt, so daß das Kind infolgedessen stirbt oder ausgesetzt wird."

Hier knüpfen die §§ 240, 241 und 388, 389 des norwegischen StrGB. an.[2]) Die beiden ersten Paragraphen sind dazu bestimmt, dem Schwängerer das Gewissen zu schärfen. Geldstrafe oder Gefängnis bis zu 2 Jahren trifft ihn, „wenn er sich böswillig der Pflicht entzieht, der von ihm geschwängerten Frauensperson die aus Anlaß der Schwangerschaft oder Niederkunft notwendige Hilfe zu leisten[3]); wenn dies zur Folge hat, daß die Frauensperson in einen notleidenden oder hilflosen Zustand versetzt wird, in dem sie ein gegen das Leben der Leibesfrucht oder des Kindes gerichtetes oder dasselbe einer Gefahr aussetzendes Verbrechen begeht. Gefängnis bis zu drei Jahren trifft ihn, wenn er, obwohl er weiß, daß die Frauensperson ein derartiges Verbrechen beabsichtigt, es unterläßt, Schritte zu unternehmen, durch die dem Verbrechen vorgebeugt werden könnte. Hat das Verbrechen den Tod des Kindes zur Folge gehabt, so kann auf Gefängnis bis zu 4 Jahren erkannt werden."

Die beiden letzten Paragraphen wenden sich gegen Eltern, Hausherren und andere Personen in ähnlicher Stellung, die es unterlassen, einer zu ihrem Hausstand gehörigen Person die aus demselben Anlaß nötige Hilfe zu gewähren[4]), wenn diese Unterlassung die oben bezeichneten Folgen gehabt hat; oder die, obwohl sie wissen oder bestimmt vermuten, daß die Frauensperson ihre Schwangerschaft verheimlicht, es unterlassen, sie darüber zu befragen, und dadurch dazu beitragen, daß sie ein solches Verbrechen begeht. In beiden Fällen ist Geldstrafe oder Gefängnis bis zu 3 Monaten (Übertretungsstrafe) angedroht.

Bei der Revision unseres StrGB. werden diese Bestimmungen die ernsteste Beachtung beanspruchen.

---

[1]) Merkwürdigerweise bleibt die gleiche Unterlassung straflos, wenn die verheiratete Dienerin von ihrem Mann geschwängert worden ist.

[2]) Die jetzigen Paragraphen 240, 241 stammen bereits aus dem Gesetz vom 18. Juni 1892.

[3]) Hagerup hebt hervor, daß nicht nur die finanzielle, sondern auch die moralische Unterstützung gemeint sei.

[4]) Siehe die vorhergehende Note.

5. Abschnitt.

Tötung auf Verlangen und Teilnahme am Selbstmorde.

Literatur.

Zu § 16. Abgesehen von der allgemeinen Literatur über die Bedeutung der Einwilligung des Verletzten: Luden, Abhandlungen II 396 (von der Rechtswidrigkeit der Handlung); Haelschner, System II 54; Abegg, Über die an einem Einwilligenden verübte Tötung, ANF. 1840 S. 434; Dorn, Tötung auf Verlangen des Getöteten, GA. I 325; Böhlau, Volenti non fit injuria, GA. V 489; Mittermaier, Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung eines Einwilligenden nach dem gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft geprüft, GA. IX 433; Wächter, Volenti non fit injuria, GS. XX 1; Ortmann, Über Verletzung, insbesondere Tötung eines Einwilligenden, GA. XXV 104; Derselbe, Zur Lehre von der Tötung des Einwilligenden, GA. XXVI 195; Zimmermann, Zur Auslegung des § 216 RStrGB., GA. XXIX 435; Garrelts, Über die Tötung auf Verlangen, Tübinger Diss. 1896 (mit reichem legislativen Material); Jeselsohn, Zur Auslegung des § 216, Erlanger Diss. 1896; Pfersdorf, Die Einwilligung des Verletzten, Straßburger Diss. 1897; Guderian, Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden, Berliner Diss. 1899; Joski, Die Einwilligung des Verletzten, Diss. 1899; Wiebeck, Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen, Rostocker Diss. 1900; Pollack, Die Tötung auf Verlangen. § 216 RStrGB. Unter Berücksichtigung der Bestimmungen des österreichischen StrGB. vom 27. Mai 1852, Greifswalder Diss. 1903. — P. J. Bijleveld, Art. 293 Wetboek van strafrecht, Leidener Diss. 1883.

Zu § 17. Wächter, Revision der Lehre vom Selbstmord, NA. X 72, 216; Lion, Ist Beihilfe zum Selbstmord strafbar? GA. VI 458; Mittermaier, Die Beihilfe zum Selbstmord usw., GA. IX 433; Binding, Handbuch I 695; Obstfelder, Teilnahme am Selbstmord, Göttinger Diss. 1896; Wellauer, Der Selbstmord, insbesondere Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord, Berner Diss. 1896; Guderian, Die Beihilfe zum Selbstmord usw., Berliner Diss. 1899; Kohler GA. XLIX 6 und gegen ihn Allfeld, Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord, Deutsche Juristen-Zeitung VIII 195; Rittler, Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord nach österreichischem Recht, Schweizer Zeitschrift für Strafrecht XIII 230.

De Mauro, Del suicidio e del concorso in esso usw., 1876; Zuppetta, Del suicidio in rapporto alla morale e al diritto, 1884; Ferri, L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica, 3. Aufl. 1892; Pugliese, Sul delitto di determinazione al suicidio. Rivista penale, Suppl. X 203.

§ 16.

Die Tötung auf Verlangen des Getöteten.

I. Stand der Gesetzgebung. II. Das Reichsstrafgesetzbuch. III. De lege ferenda.

I. Der Stand der Gesetzgebung.

1. Einer Minderheit von Gesetzgebungen ist das Sonderdelikt der Tötung auf Verlangen fremd geblieben.

In diese Gruppe gehört zunächst der c. pénal mit den sich an ihn unmittelbar anschließenden Gesetzgebungen. Bei dem Fehlen einer besonderen Bestimmung ist die Tötung auf Verlangen als gemeine Tötung, und zwar je nach Lage der Umstände als Mord oder Totschlag, zu bestrafen. Diese Frage ist zwar nicht unbestritten geblieben, wird aber in der neueren französischen Literatur und Rechtsprechung ganz überwiegend vertreten.[1]) Dabei hebt Garçon mit Recht hervor, daß das Ergebnis dieser durch das Gesetz gebotenen Auffassung umsoweniger befriedigt, als zwischen der als gemeinen Tötung strafbaren Ausführungshandlung und der straflosen Beihilfe am Selbstmord eine feste Grenzlinie nicht gezogen werden kann.

Die Auszeichnung des Falles fehlt aber auch in einer Minderzahl von deutschen Landesgesetzgebungen, sowie in der Mehrzahl der deutsch-schweizerischen Kantonalrechte; auch in Bayern 1813 und 1861, Preußen, Österreich. Dazu treten Griechenland und Serbien. Auch hier hat die gemeine Meinung nicht daran gezweifelt, daß die Tötung auf Verlangen als gemeine Tötung strafbar und daß nur auf dem Wege der Begnadigung eine Milderung herbeizuführen sei.[2])

Dasselbe gilt ferner für Schweden und das norwegische StrGB. von 1842; ebenso für das geltende russische Recht.[3])

Auch die südromanischen Rechte kennen das Sonderdelikt nicht. Spanien 421 läßt die volle Totschlagsstrafe eintreten, wenn der „Gehilfe" des Selbstmörders die Tötungshandlung selbst ausführt (ebenso Entw. 1884). Ähnlich Portugal 354, Argentinien, Brasilien, Chile usw. Die italienischen Entwürfe haben geschwankt, der Kommissionsentw. von 1868 hatte die Aufnahme einer besonderen Bestimmung vorgeschlagen; diese wurde aber abgelehnt. Der Senatsentw. enthielt in Art. 377 die Vorschrift: „chi uccide dietro espressa e seria richiesta dell' ucciso, ovvero coopera al suicidio etc." Die Ministerialkommission von 1876 ließ den ersten Teil dieser Bestimmung wieder fallen; und dabei ist es geblieben. Nach geltendem italienischen Recht fällt die Tötung auf Verlangen (omicidio del consenziente) mithin unter den Begriff der gemeinen Tötung.[4])

Auch in dem Gebiet des englischen common law wird Tötung auf Verlangen als Mord mit dem Tode bestraft. Nach einer Mitteilung von Goltdammer[5]), die ich nicht kontrollieren kann, soll ein englischer Entw. von 1846 mildere Strafe vorgeschlagen haben. Stephen erwähnt nichts darüber. Die Entwürfe von 1878 bis 1880 halten dagegen an der altenglischen Auffassung fest. Entw. 1878 s. 125 bestimmt ausdrücklich:

---

[1]) Vergl. Garçon Note 237 ff. zu Art. 295. Ebenso auch ausdrücklich die Motive zum belgischen StrGB. Für die Straflosigkeit, weil der animus nocendi fehle, Chauveau-Hélie III No. 1235—1245.

[2]) So die Ansicht von Abegg, Berner, Böhlau, Köstlin, Mittermaier. Vergl. Goltdammer, Materialien II 367.

[3]) Vergl. Getz, StG. II 255. Foinitzky, daselbst II 304.

[4]) Impallomeni 62 bedauert diese unabweisliche Folgerung.

[5]) Materialien II 367 Note 1.

„Wer einen andern mit dessen Einwilligung tötet, begeht dasselbe Verbrechen, als wenn diese Einwilligung nicht gegeben worden wäre."[1]) Um so beachtenswerter ist die Bestimmung des indischen StrGB. 1860 s. 300 exc. 5[2]) und des Sudan penal c. (1899) 228 Ziff. 5, nach welcher in diesen Fällen nicht murder, sondern Totschlag anzunehmen ist.

2. Die große Mehrzahl der Gesetzgebungen hebt dagegen die Tötung auf Verlangen (oder mit Einwilligung) des Getöteten als milder zu bestrafendes Sonderdelikt aus dem Rahmen der gemeinen Tötung heraus.

Schon die deutsche Literatur aus der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts hatte unter dem Einfluß von Wolff mildere Behandlung des Falles vielfach verlangt.[3])

Das Ergebnis dieser Bewegung finden wir in § 834 ALR. II 20: „Wer einen anderen auf dessen Verlangen tötet oder ihm zum Selbstmorde behilflich ist, hat 6—10jährige, und bei einem überwiegenden Verdacht, den Wunsch nach dem Tode bei dem Getöteten selbst veranlaßt zu haben, lebenswierige Festungs- oder Zuchthausstrafe verwirkt."

Diesem Beispiele folgte die Mehrzahl der deutschen Gesetzgebungen: so Sachsen (1838) 125, (1855 u. 1868) 157, Württemberg 239, Braunschweig 147, Hessen 257, Baden 207, Thüringen 120, Lübeck 145, Hamburg 120; nicht aber Bayern und Preußen. Dabei schreiben Württemberg, Braunschweig, Thüringen, Baden und Hamburg eine noch weitergehende Milderung vor, falls der Getötete ein „Todkranker oder tödlich Verwundeter" war.

Die Aufnahme einer Sonderbestimmung in das RStrGB. war von Einfluß auf verschiedene Schweizer Kantone; so auf Basel Stadt 102, Tessin 302 (volontà espressa e non equivoca), Freiburg 128 (demande expresse et sérieuse), Neuenburg 298. Der Stooßsche Entw. folgt diesen Bahnen, indem er (1903) in Art. 61 verfügt: „Wer einen Menschen tötet, der ihn durch sein dringendes und ernstliches Verlangen dazu bestimmt hat, wird mit Gefängnis von 1 Monat bis zu 5 Jahren bestraft."[4]) Auch für Ungarn 282, den kroatischen Entw. 256 und Niederlande 293[5]) ist das deutsche Vorbild

[1]) Vergl. Stephen Art. 228; Wharton § 451.

[2]) Vergl. Phillips, StG. II 246/7. Die Verfasser des indischen StrGB. sagen: „Der Tötung des Einwilligenden fehlt es an einer sehr wichtigen Eigenschaft der Verbrechen: sie ruft keine allgemeine Rechtsunsicherheit hervor und verbreitet keinerlei Schrecken in der Bevölkerung .... Es ist uns nicht unbekannt, daß zwei oder drei aufeinanderfolgende nächtliche Morde genügen, um eine Millionenstadt für mehrere Wochen in Aufregung zu versetzen und Familien zu veranlassen, sich mit Waffen und Sicherheitsvorrichtungen zu versehen. Wie groß müßte wohl die Zahl der Selbstmorde oder der auf freiwilliges Verlangen eines Menschen begangenen Tötungen sein, die unter den Überlebenden einen ähnlichen Schrecken erregen könnten?"

[3]) So Engelhard, J. S. F. Böhmer, Sooden u. a. Vergl. v. Liszt Z VI 401.

[4]) Die früheren Entwürfe hatten hinzugefügt: „aus achtungswerten Beweggründen". Vergl. Verhandlungen der Expertenkommission II 11, 491; Bericht II 5.

[5]) Die Motive heben hervor, daß hier nicht der Angriff auf das Leben einer bestimmten Person gestraft wird, sondern „de schending van den eerbied an het menschelijk leven in het algemeen".

bestimmend gewesen. Unabhängig von diesem war bereits der österr. Entw. v. Hye 1863 in § 219 zur Aufstellung eines Sondertatbestandes gelangt, der aber in dem Entw. Komers 1867 wieder gestrichen wurde.[1]) Die Entwürfe seit 1874 stehen aber unter dem Einflusse des RStrGB., nur daß sie das Mindestmaß der Strafe zunächst auf Gefängnis von 2 Jahren, seit 1897 auf Gefängnis von 6 Monaten herabsetzen.

Die skandinavischen Rechte weichen voneinander ab. Schweden hat keine Sonderbestimmung, wohl aber finden wir sie in Dänemark 176: „efter dennes bestemte Begørung", sowie in Finnland 21 § 3. Während das norwegische StrGB. von 1842 und die Novelle von 1889 den Sondertatbestand nicht kennen, geht das geltende norwegische Recht noch über die übrigen Gesetzgebungen in einem wichtigen Punkte hinaus.[2]) § 235 bestimmt in seinem 2. Absatz: „Ist mit seiner Einwilligung jemand getötet oder ihm eine schwere Körperverletzung oder eine Gesundheitsbeschädigung zugefügt worden oder hat jemand aus Mitleid einen hoffnungslos Kranken des Lebens beraubt oder dazu mitgewirkt, so kann die Strafe unter das sonst angedrohte Mindestmaß und auf eine mildere Strafart herabgesetzt werden.[3]) Die Tötung aus Mitleid ist mithin der Tötung auf Verlangen gleichgestellt. Und auf einem ähnlichen Standpunkte steht Rußland (1903) 390: mildere Strafe trifft die Tötung „auf den beharrlichen Wunsch des Getöteten und aus Mitleid mit ihm"; nur daß hier das Mitleid zu dem Verlangen hinzutreten muß. Auch Bulgarien 251 straft die Tötung auf ausdrückliches Verlangen milder, nämlich mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren; und wenn die Tötung aus Mitleid für den Getöteten geschah, so tritt Gefängnis nicht unter drei Monaten ein.

Japan 320 stellt die Tötung sur les instances pressantes des Getöteten der Teilnahme am Selbstmord gleich, und an dieser Auffassung halten auch die beiden Entwürfe (E. I 261, E. II 238) fest.

Es wäre endlich darauf hinzuweisen, daß auch den süd- und mittelamerikanischen Rechten die Bestimmung nicht ganz fremd geblieben ist. Beispielsweise sei Mexiko 559 erwähnt.

II. Das Reichsstrafgesetzbuch.

Die beiden ersten norddeutschen Entwürfe hatten sich dem preußischen StrGB. angeschlossen und von einer Sonderbestimmung abgesehen. Dagegen findet sie sich im 3. Entw. Hier lautet § 211:

„Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Gefängnis nicht unter 3 Jahren zu erkennen."

---

[1]) Vergl. die Motive dazu S. 127, 128. Gegen die Streichung Geyer, Besprechung des Entw. usw., 1867 S. 165; Merkel, Besprechung, 1867 S. 29.

[2]) Ebenso schon die Entwürfe. Vergl. die Motive zu 1893 S. 77, zu 1896 S. 218.

[3]) Nach Hagerup soll diese Bestimmung auch auf Tötung und Körperverletzung im Zweikampf anwendbar sein.

Die Motive sagen dazu: „Es entspricht dem Rechtsgefühl, daß die Tötung eines Einwilligenden, wie sie der Entw. näher charakterisiert, nicht mit derselben Strafe belegt werde, wie die gegen den Willen des Getöteten erfolgte Tötung. Aber das unbestrittene Sittengesetz: daß das Leben ein nicht veräußerliches Gut ist, läßt weder Straflosigkeit, noch eine niedrig bemessene Strafe zu.

Der Entw. hat deshalb im Anschluß an die meisten deutschen Strafgesetzbücher zwar eine besondere Bestimmung über diesen Fall der Tötung aufgenommen, jedoch die Strafe auf den Mindestbetrag von 3 Jahren Gefängnis festgesetzt."

Die Bestimmung ist wörtlich in § 216 des RStrGB. herübergenommen worden.

Die Anwendung des § 216 hat in der Literatur zu verschiedenen Streitfragen Anlaß gegeben, die nur teilweise durch eine vorsichtigere Fassung des Gesetzes vermieden werden könnten.

1. Zunächst gehen die Ansichten über die zu erfordernde Geistesbeschaffenheit des Verlangenden auseinander. Die Mehrzahl der Schriftsteller fordert Verfügungsfähigkeit des Verlangenden; eine Minderheit will § 216 auch auf Tötung von Kindern und Geisteskranken zur Anwendung bringen.[1]) Dieser Meinungsverschiedenheit gegenüber empfiehlt sich Stellungnahme des Gesetzes. Mir scheint es keinen Augenblick zweifelhaft, daß nur das Verlangen eines verfügungsfähigen Menschen die Tötungshandlung in einem milderen Lichte erscheinen lassen kann.

2. Die Worte „ernstlich" und „ausdrücklich" sind teils überflüssig, teils verfehlt. Ein nicht ernstliches Verlangen ist überhaupt kein Verlangen; und das durch stumme Gebärden ausgedrückte Verlangen muß jedenfalls genügen.

3. Die Tötung muß durch das Verlangen des Getöteten hervorgerufen sein. Die Tötungshandlung muß daher, soweit sie durch das Verlangen des Getöteten näher bezeichnet worden ist, diesem Verlangen entsprechen. Der Getötete kann den Wunsch ausgesprochen haben, erst nach Ablauf einer bestimmten Frist getötet zu werden, etwa um sein Testament zu errichten, von seinen Angehörigen Abschied zu nehmen, wichtige Mitteilungen zu machen usw. Eine Tötung, die diesem Wunsche nicht Rechnung trägt, wird durch § 216 nicht gedeckt. Ebensowenig eine schmerzhafte Tötung, wenn der Getötete eine schmerzlose verlangt hat usw. Die Rechtsprechung wird sich hier zu helfen wissen; und der Gesetzgeber hat keinen Anlaß, sich auf Kasuistik einzulassen.

4. Die irrtümliche Annahme des Verlangens wird von der Mehrzahl der Schriftsteller seinem Vorliegen gleichgeachtet[2]) Ich halte diese An-

[1]) Die erste Ansicht vertreten, unter sich in Einzelheiten vielfach abweichend, Breithaupt 20, Haelschner II 56, Katzenstein Z. XXIV 550, Keßler 102, v. Liszt § 58 Note 1, Olshausen § 216 Note 2, Pfersdorf 23. Für sie auch die russischen Motive. Die zweite Binding II 35, Frank § 216 II, v. Holtzendorff III 447, Jeselsohn 42, auch Goos I 122.

[2]) Vergl. die bei v. Liszt § 85 Note 2 angeführte Literatur.

sicht für recht bedenklich; die Entscheidung der Frage aber, welche Merkmale des Tatbestandes von dem Vorsatze des Täters umfaßt werden müssen, gehört nicht in den besonderen, sondern in den allgemeinen Teil.

5. Ob auch Mittäter und Teilnehmer, die zu ihrem Verhalten nicht durch das Verlangen des Getöteten bestimmt worden sind, an der Strafmilderung des § 216 teilhaben, ist bestritten. Auch hier hat aber die Entscheidung der Frage im allgemeinen Teile des StrGB. zu erfolgen.

6. Die in der älteren Literatur oft erörterte Frage, ob, wenn die Tötung erfolglos versucht worden ist, der Verlangende als Anstifter bestraft werden kann, ist nach der allgemeinen Auffassung der „Teilnahme" zu beantworten; das Reichsgericht müßte sie von seinem Standpunkte aus folgerichtig bejahen.

7. Überaus bestritten ist endlich die Frage, ob der Versuch des § 216 als solcher oder ob er wenigstens als Körperverletzung strafbar ist.[1]) Auch auf diese Frage ist hier nicht einzugehen; ihre Entscheidung wird von der Behandlung abhängen, die dem Versuch in dem künftigen StrGB. zu teil wird.

III. De lege ferenda.

1. Beibehaltung der Sonderbestimmung. In den Zahlenreihen der Reichskriminalstatistik spielt die Tötung auf Verlangen eine ganz verschwindende Rolle. Der Jahresdurchschnitt von 1882 bis 1891 betrug 1, der von 1892 bis 1901 3 Verurteilungen; 1902 ist überhaupt keine, 1903 sind 3 Verurteilungen vorgekommen.

Dennoch wird die Beibehaltung der Sonderbestimmung heute kaum ernstlich in Frage gestellt werden. Sie liegt durchaus in der Entwicklungsrichtung der Gesetzgebung. Von den neueren Gesetzen und Entwürfen hat nur das italienische StrGB. einen abweichenden Standpunkt eingenommen.

Für die mildere Behandlung sprechen verschiedene Gründe. Zunächst die geringe Gemeingefährlichkeit des Täters, der meist aus altruistischem Motive handelt und kaum so bald wieder in die gleiche Lage kommen wird. Ferner das Rechtsbewußtsein des Volkes, das den Geschworenen die Verurteilung wegen Mordes wohl unmöglich machen und sich mit dem Hinweis auf die Wahrscheinlichkeit einer Begnadigung nicht begnügen dürfte. Endlich auch die oft hervorgehobene innere Verwandtschaft der Tötung auf Verlangen mit der Beihilfe am Selbstmorde; eine Verwandtschaft, die ja auch in den gesetzlichen Bestimmungen selbst vielfach zum Ausdruck kommt.

Wohl aber taucht die Frage auf, ob die Fassung des § 216 RStrGB. die Voraussetzungen wirklich wiedergibt, an welche Volksrechtsbewußtsein wie Kriminalpolitik die Forderung einer milderen Bestrafung knüpfen.

Gewiß ist es in erster Linie das Verlangen des Getöteten, auf dem die geringere Strafwürdigkeit des Täters beruht. Aber die Aufstellung dieses Merkmals enthält eine bedenkliche Einengung des Tatbestandes. Man

[1]) Literatur bei v. Liszt § 85 Noten 3 und 4. Vergl. insbesondere die neuen Arbeiten von Wiebeck und Garelts.

mag darüber streiten, ob auch der Unmündige, ob auch der Geisteskranke ein rechtlich erhebliches Verlangen zu äußern vermag; sicher ist, daß bei einem kleinen Kinde oder bei einem in seinem Bewußtsein schwer getrübten Kranken von einem Verlangen nicht gesprochen werden kann. Wer die Tötungshandlung vornimmt, so lange der mit dem Tode Ringende das Bewußtsein noch nicht verloren hat, kann unter den milderen § 216 fallen; ist im Todeskampf oder in unheilbarem Wahnsinn das Bewußtsein erloschen, so ist die Beschleunigung des Todes gemeine Tötung, vielleicht als Mord mit dem Tode zu bestrafen.

Der Gesetzgeber muß also über die durch das Merkmal des Verlangens gezogene Grenze hinausgehen, wie Norwegen das getan hat. Dann bedarf es aber für diesen erweiterten Tatbestand einer besonders sorgfältigen Abgrenzung.

Maßgebend ist zunächst das Motiv der Tat; dann aber, u. z. ausschlaggebend, ein Zustand des Getöteten, der die Entstehung dieses Motivs als gerechtfertigt erscheinen läßt.[1])

Das einzige Motiv, das in Frage kommen kann, ist das Mitleid; das haben die Gesetzgebungen von Norwegen, Rußland und Bulgarien richtig erkannt. Aber dieses Mitleid muß hervorgerufen sein durch den hoffnungslosen (körperlichen oder geistigen) Gesundheitszustand des Getöteten; also durch einen Zustand, in dem die Heilung ausgeschlossen, das Leben selbst aber eine Qual ist. Daß der Tod vor der Tür steht, ist nicht notwendig; gerade die Möglichkeit eines langsamen, Monate oder Jahre sich hinschleppenden Absterbens kann die Tötung als eine Wohltat erscheinen lassen, die dem Kranken, wie seiner Umgebung und der ganzen menschlichen Gesellschaft erwiesen wird. Wenn ein Kind von sechs Jahren infolge einer schweren Scharlacherkrankung nicht bloß an verschiedenen Lähmungen leidet, sondern mehr und mehr ausgesprochene lasterhafte Neigungen zeigt, so wird den Eltern gegenüber, die das Kind töten, eine mildere Strafe zum Schutze der Rechtsordnung zweifellos genügen.

Über diese Grenzen möchte ich nicht hinausgehen. Der Vater, der die entehrte Tochter oder den wegen eines gemeinen Verbrechens verfolgten Sohn ohne oder mit deren Einwilligung tötet, verletzt unsere sittlichen wie rechtlichen Anschauungen und gefährdet damit die Sicherheit der Rechtsordnung. Nur in der rettungslosen Zerrüttung der Gesundheit oder dem Versiegen der Lebenskraft vermag ich die Rechtfertigung des Sondertatbestandes zu erblicken.

Aber noch eine weitere Einschränkung halte ich, im Gegensatze zum norwegischen StrGB., für wünschenswert. Der eigenmächtige Eingriff in das Leben eines anderen rechtfertigt die mildere Bestrafung nur unter der Voraussetzung, daß zwischen dem Getöteten und dem Täter nahe Beziehungen bestehen. Wer dem Leidenden fremd ist, hat kein Recht, über Leben und Tod sich die Herrschaft anzumaßen. Auch zu Gunsten des

[1]) Ähnliche Gedanken bei Ferri, der motivi giuridici, legitimi, sociali verlangt; Alimena II 394; auch Wiebeck.

Arztes, der Krankenschwester usw. Ausnahmen zu machen, scheint mir bedenklich. Damit würde diesen Personen alleinstehenden Kranken gegenüber eine Verfügungsgewalt eingeräumt, deren unkontrollierbare Ausübung nur zu leicht zu Mißbräuchen führen könnte. Daß die zivilrechtlichen Bande der Verwandtschaft und Schwägerschaft, also der juristische Begriff der „Angehörigen“, dem Gedanken nicht gerecht wird, der mir dabei vor Augen steht, bedarf keiner näheren Ausführung.

Die Bestimmung, die ich vorschlagen möchte, würde also etwa dahingehen: „Wer durch das Verlangen des Getöteten oder durch den hoffnungslosen Gesundheitszustand einer ihm nahestehenden Person zur Tötung bestimmt worden ist, wird usw.“

2. Die Bestrafung.

Als Strafe ist Gefängnis festzuhalten. 3 Jahre Höchstmaß genügen. Das Mindestmaß des Strafrahmens ist durch das gesetzliche Mindestmaß der Strafart gegeben.

Keinem Zweifel kann es unterliegen, daß dieser Fall der Tötung ein selbständiges Delikt darstellt. Welche Folgerungen aus dieser Auffassung für die Behandlung der Teilnehmer sich ergeben, habe ich hier nicht zu untersuchen.

Die Straflosigkeit des Versuchs ist festzuhalten. Sie ist auszudehnen auf die durch die mißglückte Tötung verursachte Körperverletzung. Sollte sich das nicht aus den allgemeinen Bestimmungen über den Versuch mit Sicherheit ergeben, so müßte es bei diesem privilegierten Tötungsfalle besonders ausgesprochen werden.

§ 17.

Die Teilnahme am Selbstmord.

I. Die Straflosigkeit des Selbstmordes und der Teilnahme daran. II. Die Teilnahme am Selbstmord als selbständiges Delikt. III. Die Gründe für und gegen die Strafbarkeit. IV. Tatbestand und Strafrahmen. V. Das amerikanische Duell.

I. Die Straflosigkeit des Selbstmordes.

1. Daß nicht bloß der vollendete, sondern auch der versuchte Selbstmord des Zurechnungsfähigen straflos bleiben müsse, wird wohl heute, auf dem europäischen Kontinent wenigstens, von allen Seiten zugegeben.[1]

Eine abweichende Stellung nimmt das englische common law ein.[2] Bis 1823 wurde der felo de se begraben „on a public highway with a stake being driven through the body“; 1873 erst wurde die Einziehung der Güter des Selbstmörders beseitigt und 1882 religious service bei der Beerdigung gestattet.

---

[1]) Über die kriminalpolitischen Erwägungen, die zu diesem Ergebnis führen, vergl. man die Arbeiten von Guderian und Wellauer. Für die Strafbarkeit ist Pessina II 15 eingetreten.

[2]) Vergl. Stephen, History III 104; Kerr 49—63, Kenny 113.

Versuchter Selbstmord ist auch nach heutigem englischen Recht als misdemeanor strafbar; die Zahl der Strafverhandlungen wegen dieses Delikts sind in stetem Steigen begriffen.[1]) Einzelne amerikanische Statutarrechte bestrafen den Versuch sogar als felony (so in New York[2]); doch pflegen diese Bestimmungen, wie Kerr hervorhebt, deadletter-laws zu bleiben, da sie dem Rechtsbewußtsein des Volkes widersprechen. Die englische Auffassung findet sich auch im indischen StrGB. 1860.[3]) Die Entwürfe 1879 s. 184 bedrohten den versuchten Selbstmord mit Gefängnis mit harter Arbeit bis zu 2 Jahren; der Entw. 1880 s. 515, etwas milder, mit Gefängnis mit oder ohne harte Arbeit bis zu 1 Jahr. Auf demselben grundsätzlichen Standpunkt stehen Kanada 237 und der Sudan penal code 238 (Gefängnis bis zu 1 Jahr oder Geldstrafe oder beides). Der nordamerikanische Entw. 1901 gibt in s. 261 eine Begriffsbestimmung des Selbstmordes, ohne aber eine Strafe für ihn aufzustellen.

Österreich hat bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts an der Strafbarkeit des Selbstmordes festgehalten. Die §§ 90—92 des StrGB. über schwere Polizeiübertretungen von 1803 sind erst durch das Patent vom 17. Januar 1850 beseitigt worden.[4])

Auch das bisherige russische Recht hat dem Selbstmörder das feierliche Begräbnis versagt und seine testamentarischen Anordnungen für ungültig erklärt. Versuch des Selbstmordes wurde an Personen christlichen Glaubens mit Kirchenbuße geahndet. Teilnehmer traf die Strafe der gemeinen vorsätzlichen Tötung. Eltern, Vormünder und Vorgesetzte, die jemanden durch schlechte Behandlung zum Selbstmord getrieben haben[5]), wurden mit Gefängnis und Kirchenbuße bestraft. Dem russischen StrGB. von 1903 ist jede Bestimmung über den Selbstmord selbst fremd.

Von den übrigen Staaten enthält, soviel ich sehen kann, heute nur noch Bolivia 519, 520 eine Bestimmung für versuchten Selbstmord: der Täter wird 1 Monat bis 1 Jahr in einem Hospital unter der besonderen Aufsicht des Arztes oder des Verwalters; der Sträfling, der Selbstmord versucht, in der gleichen Weise in der Strafanstalt angehalten.

2. Aus der Straflosigkeit des Selbstmordes ergibt sich die Straflosigkeit der Teilnehmer. Das ist die unabweisliche Folgerung aus dem Begriff der Teilnahme als der Beteiligung an fremder Tat.[6]) Nur ganz vereinzelt ist in der Literatur, noch seltener in der Rechtsprechung die gegenteilige Ansicht vertreten worden. So von Pessina, der aus diesem Grunde in seinem Entw. 1885 den von der Teilnahme am Selbstmord

[1]) Die Zahl der Strafverhandlungen im Jahresdurchschnitt der einzelnen Jahrfünfte von 1883 bis 1902 betrug: 119, 144, 188, 203. — (Die von Rathenau GA. L 23 gegebenen Ziffern sind teilweise unrichtig.)

[2]) Wharton § 454, Kenny 114, Kerr S. 61.

[3]) Phillips, StG. II 248.

[4]) Vergl. Finger II 15.

[5]) Vergl. Foinitzky, StG. I 304.

[6]) Für das preußische Recht vergl. Goltdammer, Materialien II 366.

handelnden Artikel gestrichen hat[1]); in der deutschen Literatur von Binding und Kohler[2]), die die Teilnahme am Selbstmord als mittelbare Tötung auffassen, dabei aber von einem dem Gesetze fremden Begriff der Teilnahme ausgehen. Für das österreichische Recht vertritt Lammasch mit der älteren österreichischen Literatur und dem Kassationshof die Ansicht, daß gegen die Teilnahme am Selbstmord § 335 anzuwenden sei.[3])

II. Die Teilnahme am Selbstmord als selbständiges Delikt.

1. In der überwiegenden Mehrzahl der modernen Strafgesetzgebungen finden sich Sonderbestimmungen gegen die Teilnahme am Selbstmord.

Die Priorität kann auch hier Preußen für sich in Anspruch nehmen.[4]) § 834 preußisches ALR. II 20 ist bereits oben § 16 S. 128 angeführt worden. Ähnliche Bestimmungen finden sich auch in den deutschen Partikulargesetzgebungen aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts; Thüringen 121 und Braunschweig 148 straften die Anstiftung strenger als die Beihilfe; Sachsen 158, Baden 208 hatten für beide Fälle dieselbe Strafdrohung. Hamburg 121 stellt Anstiftung wie Beihilfe zum Selbstmord der Tötung des Verlangenden gleich. Der Bremer Entw. hat die Aufnahme einer Bestimmung im Anschluß an Preußen und Bayern abgelehnt.

Es gehören hierher ferner verschiedene Schweizer Kantonalrechte (so Tessin, Schaffhausen, Bern, Freiburg, Neuenburg) sowie der Entw. eines eidgenössischen StrGB. In der Fassung 1903 lautet Art. 62: „Wer jemand zum Selbstmord bestimmt oder ihm dazu Hilfe geleistet hat, wird, wenn der Selbstmord ausgeführt oder versucht wurde, mit Gefängnis oder mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft.“[5])

Stooß hatte seinem ersten Vorschlag eine Begründung mit auf den Weg gegeben, die die heute vorherrschende Auffassung klar widerspiegelt und daher hier angeführt werden mag:

„Da die Teilnahme nicht als ein akzessorischer, sondern als ein selbständiger Akt aufzufassen ist, so ist die Bestrafung von Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord der Natur der Sache nach möglich, und sie rechtfertigt sich auch. Die Anstiftung zum Selbstmorde kann ja auch nach Umständen einem Morde oder Totschlag nicht nur moralisch, sondern auch rechtlich gleichkommen; insbesondere trifft dies zu, wenn der Selbstmörder sich im Zeitpunkte der Anstiftung in einem krankhaften Zustande befand. War er damals vollständig unzurechnungsfähig, so liegt überhaupt nicht Anstiftung, sondern Selbsttäterschaft vor. Die Beihilfe zum Selbstmorde wird

[1]) Gegen ihn sehr gut Zanardelli, Relazione ministeriale Kap. 146 (S. 298).

[2]) Binding, Handbuch I 695, Lehrbuch I 25; Kohler, Studien I 144, GA. XLIX 6.

[3]) Lammasch 53; gegen ihn (mit Geyer, Janka) Finger II 15 und eingehend Rittler 244.

[4]) Nicht aber der oft genannte Livingstonsche Entw. für Luisiana 548 (1822).

[5]) Vergl. dazu Stooß, Grundzüge II 15, Verhandlungen der Expertenkommission II 12, Bericht II 6.

regelmäßig auf Verlangen geleistet werden; je dringender und begreiflicher dieses Verlangen ist, desto weniger strafwürdig erscheint die Beihilfe."

Bei Beratung des Entw. zeigte sich vielfache Meinungsverschiedenheit in bezug auf einzelne Fragen; in der Hauptsache fand Stooß allgemeine Zustimmung. Erwähnenswert wäre, daß Zürcher die Einfügung der Worte „aus eigennützigen Beweggründen" verlangte, mit diesem Vorschlage aber in der Minderheit blieb.

Der deutsch-schweizerischen Gruppe stehen nahe das niederländische StrGB. 294, Ungarn 283 und der kroatische Entw. 257, sowie der österreichische E. VII. Die Haltung der österreichischen Entwürfe ist für das Vordringen dieses legislativen Gedankens sehr bezeichnend. v. Hye hatte 1863 in § 219 die Teilnahme am Selbstmord mit der Tötung des Einwilligenden zusammengestellt. Komers 1867 ließ die Bestimmung wieder fallen, und zwar, wie die Motive S. 127, 128 hervorheben, weil der Selbstmord selbst straflos sei. Die ersten sechs österreichischen Entwürfe enthielten keine Bestimmung. Bei der Beratung des E. V war der Antrag gestellt worden, eine solche aufzunehmen; die Mehrheit des Ausschusses aber lehnte den Antrag mit der Begründung ab: Bei der Anstiftung zum vollendeten Selbstmorde fehle der Hauptbelastungszeuge; die Beihilfe aber sei weder schlechthin so gemeingefährlich, noch sittlich so verdammungswürdig, daß die Notwendigkeit eines mit den sonstigen Grundsätzen nicht im Einklange stehenden Rechtssatzes anerkannt werden müßte. Dennoch hat E. VII die Bestimmung aufgenommen; die Motive bemerken, die Verleitung zum Selbstmord könne dem Mord gleichkommen, die Beihilfe aber stehe der Tötung des Einwilligenden gleich.

Von den skandinavischen Rechten haben besondere Bestimmungen Dänemark 196 Abs. 2[1]) und Norwegen 236.[2]) Sehr häufig ist sie in den südromanischen Rechten, für welche das brasilianische StrGB. von 1830 vorbildlich gewesen sein dürfte. So in Italien 370, in Spanien (1848 wie 1870) 421, Portugal 354, Argentinien 220, Brasilien 299, Chile 393, Ecuador 431, Mexiko 559, Paraguay 220, Peru 238, Salvador[3]), Uruguay 324, Venezuela 360. Dabei sind aber zwei verschiedene Systeme zu unterscheiden. Spanien und Portugal erwähnen nur die Beihilfe (prestar auxilio), nicht die Anstiftung, lassen aber die Strafe der gemeinen vorsätzlichen Tötung eintreten, wenn der Gehilfe so weit geht, daß er die Ausführungshandlung selbst vornimmt. Diesem System schließen sich die älteren süd- und mittelamerikanischen StrGB. an. Die jüngeren stehen auch in dieser Frage unter dem Einfluß des italienischen StrGB., welches Anstiftung und

---

[1]) Dazu Bittl, sowie besonders Goos I 184. Das Gesetz spricht bloß von der Beihilfe; es ist daher bestritten, ob auf dem Wege der in § 1 des StrGB. zugelassenen Analogie die Strafbarkeit auch auf die Anstiftung ausgedehnt werden kann.

[2]) Vergl. Motive zum E. 1893 S. 77, zum E. 1896 S. 218. Das norwegische StrGB. von 1842 hatte keine Sonderbestimmung, wohl aber fand sie sich in den Entwürfen von 1832 und 1835.

[3]) Nach Eisenmann, StG. II 158.

Beihilfe gleichstellt, die Vornahme der Ausführungshandlung aber nicht ausdrücklich erwähnt.

Italien 370 sagt: „Wer einen anderen zum Selbstmord bestimmt (determina) oder ihm Hilfe leistet (gli presta ajuto), wird, wenn der Selbstmord erfolgte, mit Einschließung von 3—9 Jahren bestraft."

Das Vorbild für diese Bestimmung hatte der Cod. toscano 314 abgegeben, der aber die allgemeinere Fassung „chiunque a participato all'altrui suicidio" verwendete. Die italienischen Entwürfe enthalten alle, bis auf den von Pessina, eine entsprechende Bestimmung, weichen aber in den einzelnen Tatbestandsmerkmalen vielfach voneinander ab. Besonders gilt das von der Frage, ob der Tod des Selbstmörders eingetreten sein müsse.

Rußland (1903) 392, 393 bestraft Beihilfe und Anstiftung zum Selbstmord. In der Kommission bestand starke Neigung, die Beihilfe straflos zu lassen. Nur durch Stichentscheid des Vorsitzenden wurde die Strafbarkeit festgestellt, der Strafrahmen aber milder bestimmt als der für die Tötung auf Verlangen. Auch Bulgarien 252, 253 hat einschlagende Bestimmungen. Dasselbe gilt von Japan 362 sowie von den japanischen Entwürfen.

Die Richtung auf die Aufnahme einer Sonderbestimmung macht sich endlich sogar in den Gebieten des englisch-amerikanischen Rechtes geltend. Wir finden sie im indischen StrGB. s. 305, 306, in den Entwürfen von 1879 (s. 183) und 1880 (s. 514), im Sudan penal code s. 234, 235, in den amerikanischen Statutarrechten (so New York s. 175—177) sowie in dem Bundesentw. von 1901 (s. 262, 263).

2. Dieser großen Anzahl von Gesetzgebungen steht eine kleine Minderheit von Strafrechten gegenüber, die keine Sonderbestimmung haben und daher die Teilnahme am Selbstmord straflos lassen, so Frankreich und Belgien[1]), sowie die von diesen unmittelbar beeinflußten Rechte; ferner Schweden und Österreich; endlich im Anschluß an Preußen und Bayern[2]) auch das deutsche RStrGB.

III. Die Gründe für und gegen die Strafbarkeit.

Bei dieser Lage der Gesetzgebung, die während des ganzen 19. Jahrhunderts eine ausgesprochene Entwicklungstendenz aufweist, wird auch der künftige Gesetzgeber für das deutsche Reich die Aufnahme einer Sonderbestimmung gegen Teilnahme am Selbstmord ernstlich in Erwägung ziehen müssen.

Bei der Prüfung der Frage ist davon auszugehen, daß das Leben nicht zu den veräußerlichen Gütern gehört. Dieser Satz steht wenigstens für jene Rechte fest, die die Tötung auf Verlangen mit Strafe belegen. Die in den meisten Kulturstaaten zunehmende, mehr und mehr auch die jüngeren Altersklassen ergreifende Neigung zum Selbstmord bedeutet eine

[1]) Hier hatte die Kommission Bestrafung verlangt, die Kammer diese aber abgelehnt. Vergl. Nypels II 598.

[2]) Vergl. dazu Stenglein, Kommentar II 244.

ernste Gefahr für die Leistungsfähigkeit der staatlichen Gemeinwesen. Wenn die Gesetzgebung den Selbstmord selbst, dessen Vollendung ausgeblieben ist, nicht mit Strafe belegt, so geschieht das aus den bekannten, hier nicht weiter zu erörternden Gründen. Diese Gründe treffen für die Teilnehmer am Selbstmord nicht zu.

Die Behauptung, eine Sonderbestimmung gegen Teilnahme am Selbstmord sei logisch unmöglich[1]), enthält eine handgreifliche petitio principii. Sie geht von der Annahme aus, daß Anstiftung wie Beihilfe mittelbare Selbstherbeiführung des Erfolges sei. Es kann sein, daß sich der künftige Gesetzgeber auf diesen Standpunkt stellt, und ich für meine Person würde das mit Freude begrüßen. Aber gerade, wenn das Dogma von der „akzessorischen Natur der Teilnahme" aufgegeben werden sollte, wird eine Sonderbestimmung für unseren Fall erst recht notwendig werden. Denn dann wäre, mangels einer solchen, Teilnahme am Selbstmord als Mord zu bestrafen. Und das wäre verkehrt. Wer dem zum Tode Verurteilten, der sich durch Selbstmord der Hinrichtung entziehen will, den Revolver in die Zelle bringt, ist anders zu behandeln als der Mörder. Das legislative Problem darf nicht dahin gefaßt werden: Soll die Teilnahme am Selbstmord als gemeine Tötung bestraft werden? — denn daran ist ernstlich gar nicht zu denken —; es lautet vielmehr: Soll sie straflos bleiben?

Die Frage ist aus überwiegenden Gründen zu verneinen. Zunächst schon wegen der nahen Verwandtschaft mit der Tötung auf Verlangen. Die Beihilfe zur Ausführungshandlung des anderen und die eigene Vornahme der Ausführungshandlung fließen ineinander über. Wer dem tödlich Verwundeten das Gift reicht und ihm die Hand an den Mund führt, würde straflos handeln; wer ihm dagegen das Gift einträufelt, machte sich strafbar. Der Parallelismus zwischen der Beihilfe zum Selbstmord und der Tötung auf Verlangen muß unbedingt festgehalten werden. Kann man sich nicht dazu entschließen, die letztere straflos zu lassen, so muß man auch die erstere unter Strafe stellen. Was von der Beihilfe gilt, muß aber umsomehr von der Anstiftung gelten, die jedenfalls als die schwerere Form der Beteiligung anzusehen ist.

Wiederholt ist die Frage aufgeworfen worden, ob die Teilnahme am Selbstmord (Anstiftung wie Beihilfe) nicht nur unter gewissen Voraussetzungen unter Strafe gestellt werden soll. Ihre antisoziale Bedeutung kann sehr verschiedene Abstufungen aufweisen. Die Anstiftung zum Selbstmord kann bei zweifelhaftem Geisteszustand des Angestifteten bis nahe an den Mord heranreichen, die Beihilfe unter andern Umständen an Strafwürdigkeit weit hinter der Tötung auf Verlangen zurückbleiben. Der Gedanke liegt daher nahe, den Begriff der strafbaren Teilnahme durch Aufnahme eines weiteren Merkmales einzuengen. In dieser Absicht hatte Zürcher in der Schweizer Expertenkommission (oben S. 136) vorge-

[1]) So John, Entw. 429, Binding, Handbuch I 695, Pessina.

schlagen, die Strafe nur dann eintreten zu lassen, „wenn der Täter aus selbstsüchtigen Beweggründen gehandelt hat.“ [1]) Ich kann mich diesem Vorschlage nicht anschließen. Die Strafwürdigkeit der Tat liegt, wie die Motive zum holländischen StrGB. richtig betonen, in der Mißachtung des menschlichen Lebens. Diese Mißachtung ist auch dann gegeben, wenn der Täter aus den „edelsten“ Motiven gehandelt hat. Wird der Strafrahmen in seinem Höchst- wie Mindestmaß richtig bestimmt, so wird der Verschiedenheit des Einzelfalles ausreichend Rechnung getragen werden können. Und für die leichtesten Fälle ist die bedingte Verurteilung da.

Die Literatur hat sich mit großer Mehrheit zu Gunsten einer Sonderbestimmung gegen die Teilnahme am Selbstmord ausgesprochen. So in Deutschland schon früher Stübel, Abegg, Dorn, Henke, Tittmann, später Wächter, Lion, Schaper, Schütze, Geyer, in unseren Tagen Berner, Meyer, v. Liszt, Lammasch, Roedenbeck, Guderian, Wellauer, Rittler.[2])

Aus den Gegnern der vorgeschlagenen Bestimmung erwähne ich Mittermaier, Heffter, Luden, v. Holtzendorff, Haelschner, Wiebeck.[3]) Auf John, Binding, Kohler habe ich bereits oben S. 138 Note 1 hingewiesen. v. Lilienthal hat sich in seiner Besprechung des Schweizer Entw.[4]) für die Strafbarkeit der Anstiftung, aber gegen die Strafbarkeit der Beihilfe zum Selbstmord ausgesprochen.[5])

IV. Tatbestand und Strafrahmen.

Trotz der Übereinstimmung in dem Grundgedanken weichen die verschiedenen Gesetzgebungen doch in der Ausgestaltung des Tatbestandes wie in den Strafdrohungen recht weit voneinander ab.

1. Die große Mehrzahl von ihnen beschränkt sich auf Teilnahme am Selbstmord. Eine Ausnahmestellung nimmt das norwegische StrGB. ein, das in § 238 die Teilnahme an einer schweren Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung neben die Teilnahme am Selbstmord stellt. Die Be-

[1]) Wellauer verlangt in diesem Falle schwerere Bestrafung. Lammasch, Vorschläge usw. 1894 S. 39 schlägt die Zusatzbestimmung vor: „Wollte er einer ihm nahestehenden Person dadurch Schande ersparen, so kann von der Bestrafung abgesehen werden.“

[2]) Stübel, Über den Tatbestand der Verbrechen, 1805 (§ 106) S. 134; Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, 1830 S. 66; Dorn GA. I 325; Henke, Handbuch I 231 (§ 38); Tittmann I § 149; Lion GA. VI S. 462; Wächter, Vorlesungen 186; Schaper HH. II 115; Schütze, Notwendige Teilnahme, 1869 S. 288, 292; Derselbe GS. XXXVIII 115; Geyer, Besprechung des Entw. usw., 1867 S. 165; Berner, Lehrbuch 99; Meyer, Lehrbuch 265; v. Liszt § 35 Note 8; Lammasch, Das Werk des Strafgesetzausschusses, 1893 S. 15; Roedenbeck, Zweikampf, 1883 S. 34; Rittler 259.

[3]) Mittermaier GA. IX 437; Heffter, Lehrbuch § 230 Anm. 11; Luden, Abhandlungen, 1840 II 418 Anm. 4; v. Holtzendorff HH. III 417; Haelschner, System I 469 Note 2; Wiebeck 9.

[4]) Z. XV 316.

[5]) Aus der außerdeutschen Literatur vermag ich, außer Pessina, bedeutsame Gegner überhaupt nicht anzuführen.

sprechung dieser, wie ich glaube, recht bedenklichen Ausdehnung gehört nicht mehr zu meiner Aufgabe.

2. Vielfach wird die Strafbarkeit beschränkt auf den Fall, daß der Selbstmord wirklich ausgeführt worden ist, so daß die Teilnahme am versuchten Selbstmord straflos bleibt. So im niederländischen, italienischen und norwegischen StrGB. Das italienische StrGB. hat auf die süd- und mittelamerikanischen Rechte vielfach Einfluß ausgeübt. Bei der Beratung des niederländischen StrGB. hob der Justizminister zur Rechtfertigung der Bestimmung hervor, daß an dem Versuch des Selbstmordes immer etwas Lächerliches klebe. Norwegen behandelt den Nichteintritt des Todes als Strafausschließungsgrund.

Auch die japanischen Entwürfe und der österreichische E. VII[1]) verlangen, daß der Selbstmord zur Vollendung gelangt sei. Und dasselbe gilt für die englischen Entwürfe 1879 s. 183.

Rußland verlangt den Eintritt des Todes nur, wenn es sich um eine nicht voll zurechnungsfähige Person handelt.

Dagegen genügt Versuch des Selbstmordes nach dem bulgarischen StrGB., nach dem Schweizer Entw.[2]) und nach dem russischen StrGB. 1903 für den Fall, daß es sich um den Selbstmord einer Person unter 17 Jahren oder einer solchen Person handelt, die, wie der Täter erkennen konnte, unfähig war, die Natur und Bedeutung der Tat zu verstehen oder ihre Schritte selbst zu lenken.[3])

Der nordamerikanische Entw. von 1901 straft milder, wenn der Selbstmord nur versucht, nicht vollendet wurde.

Ich halte es für richtiger, die Vollendung des Selbstmordes zur Bedingung der Strafbarkeit zu machen. Nicht wegen der Lächerlichkeit, die, wie man in den Niederlanden behauptet hat, dem Selbstmordversuch anklebt: es gibt wohl kaum etwas Tragischeres, als die Wiederbelebung dessen, der den Abschied vom Leben bereits hinter sich hatte. Sondern aus einem völlig andern Grunde. Man kann in diesem Falle den Teilnehmer nicht zur Verantwortung ziehen, ohne den Hauptzeugen zu vernehmen; für die Ausmessung der Strafe wird seine Aussage entscheidend sein. Will man wirklich die Seelenkämpfe, die der Tat vorangegangen sind, diese innersten Erlebnisse eines am Leben gebliebenen Unglücklichen, zum Gegenstand einer gerichtlichen Beweisaufnahme und damit der journalistischen Berichterstattung machen? Das wäre fast ebenso schlimm, wie die Bestrafung des versuchten Selbstmordes selbst.

3. Daß die Teilnahme an dem Selbstmord eines nicht zurechnungsfähigen Täters nicht unter die Sonderbestimmung, sondern unter den Be-

[1]) Lammasch, Vorschläge zur Revision des StrGEntw. 1894 S. 39 will auch bei versuchtem Selbstmord strafen.

[2]) Der Antrag Gabuzzi, sich dem italienischen StrGB. in diesem Punkt anzuschließen, wurde abgelehnt.

[3]) Sehr bedenklich: siehe unten S. 141.

griff der gemeinen Tötung fällt, bedarf keiner besonderen Hervorhebung im Gesetz. Bulgarien und Rußland 1903 erwähnen diesen Fall besonders, u. z. als erschwerten Fall innerhalb des selbständigen Deliktes der Teilnahme am Selbstmord; damit ist eine völlig ungerechtfertigte Privilegierung dieses Tatbestandes, der als gemeine Tötung zu bestrafen wäre, gegeben. Viel zutreffender der Sudan penal code 234, der abetment of suicide of child or insane person mit dem Tod oder lebenslänglichem Gefängnis oder mit zeitlichem Gefängnis und mit Geldstrafe bedroht.

4. Sehr weit weichen die Gesetzgebungen in der Bestimmung der strafbaren Teilnahmehandlung voneinander ab.

Auf die Besonderheit der spanisch-portugiesischen Gruppe habe ich bereits oben S. 136 hingewiesen. Daß die Nichterwähnung der Anstiftung ein Fehler, die ausdrückliche Hervorhebung der Ausführungshandlung überflüssig ist, liegt auf der Hand.

Die Mehrzahl der Gesetzgebungen stellt in durchaus zutreffender Weise die beiden Arten der Teilnahme, Anstiftung und Beihilfe, einander gleich. Dabei findet sich allerdings vielfach ein recht bedenkliches Schwanken in den Ausdrücken.

Die Gleichstellung haben, um nur die wichtigeren Gesetzbücher hervorzuheben, Ungarn 283, Niederlande 294[1]), Italien 370[2]), Norwegen 236 („wer dazu mitwirkt"), Rußland (1903) 393[3]) und Bulgarien Art. 253[3]), der österreichische E. VII, der Schweizer Entw. (1903) 62, sowie einzelne mittel- und südamerikanische Rechte (Brasilien 299, Mexiko 559).

Die Anstiftung allein wird von den japanischen Entwürfen unter Strafe gestellt. Bloß von der Beihilfe sprechen, abgesehen von der spanisch-portugiesischen Gruppe, Dänemark[4]), Rußland (1903)[5]) 392, das bloß das Verschaffen der Mittel erwähnt, und Bulgarien 252[5]), das auch die übrigen Fälle der Beihilfe heranzieht.

Sehr unbestimmt ist die Ausdrucksweise des englisch-amerikanischen Rechtes. Man wird aber wohl sagen dürfen, daß es Anstiftung und Beihilfe im kontinental-europäischen Sinne umfaßt und in der Bestrafung einander gleichstellt. Die Entwürfe von 1879 s. 183 bestrafen in gleicher Weise den, who counsels or procures any person to commit suicide, wie den, who aids or abets any person in the commission of suicide. Der Entw. von 1880 s. 514 gebraucht die Ausdrücke „who incites, aids or abets". Der nordamerikanische Entw. 1901 sagt: „who advices, encourages, abets or assists usw."

[1]) Das Wort: Wer „aanzet" wurde auf Wunsch der Kammer aufgenommen, um das amerikanische Duell mitzutreffen. Vergl. Smidt II 441.

[2]) Hier wurde das noch von Zanardelli 1887 gebrauchte Wort „chiunque induce" durch das technische „determina" ersetzt.

[3]) Aber nur gegenüber nicht voll zurechnungsfähigen Personen.

[4]) Vergl. aber oben S. 136 Note 1.

[5]) Gegenüber dem voll zurechnungsfähigen Selbstmörder.

5. Bei der Bestimmung des Strafrahmens ist von der Erwägung auszugehen, daß die Strafwürdigkeit der Teilnahme am Selbstmord derjenigen der Tötung auf Verlangen gleichsteht. Das Mindestmaß wäre demnach hier wie dort gleich dem gesetzlichen Mindestmaß, das Höchstmaß etwa 3 Jahre Gefängnis.

Die Gleichstellung mit der Tötung auf Verlangen ist in den japanischen Entwürfen streng durchgeführt. Gefängnis bis zu 3 Jahren drohen an das ungarische wie das niederländische StrGB. Aber auch die übrigen neueren Gesetze und Entwürfe weichen von dieser Auffassung nicht stark ab. Der österreichische E. VII hat Gefängnis; der Schweizer Entw. droht Gefängnis oder Zuchthaus bis zu 5 Jahren an, kennt aber dabei das allgemeine richterliche Milderungsrecht; Rußland (1903) bestraft den einfachen Fall mit Festungshaft bis zu 3 Jahren.

Der von mir vorgeschlagene Strafrahmen dürfte also dem heutigen Rechtsbewußtsein im allgemeinen entsprechen.

V. Mit einem Wort muß auch noch des sog. amerikanischen Duells gedacht werden[1], nicht als ob zwischen diesem und der Teilnahme am Selbstmord irgend ein innerer Zusammenhang bestände, sondern lediglich deshalb, weil da und dort ein solcher Zusammenhang behauptet worden ist.

So hat Ungarn in § 283, dessen erster Absatz von der Teilnahme am Selbstmord handelt, folgenden zweiten Absatz aufgenommen:

„Wenn jedoch zwei Personen sich gegenseitig verabredet haben, auf eine vorher festgesetzte Art vom Lose abhängig zu machen, wer von beiden sich selbst töten solle, und wenn infolgedessen die den Selbstmord bezweckende Handlung auch vollführt wurde, der Tod aber nicht erfolgt ist, so sind beide Teile mit Staatsgefängnis von 1—5 Jahren, im Falle des eingetretenen Todes hingegen ist der Überlebende mit Staatsgefängnis von 5—10 Jahren zu bestrafen.“

Ähnliche Bestimmungen haben, aber in selbständiger Stellung, die österreichischen Entwürfe seit 1867. Bei Beratung des niederländischen StrGB. wurde von der zweiten Kammer der Wunsch ausgesprochen, das amerikanische Duell unter Strafe zu stellen. Der Justizminister betonte in seiner Antwort, daß bisher in den Niederlanden ein Fall des amerikanischen Duells überhaupt noch nicht vorgekommen sei, daß er aber, um dem Wunsch der Kammer entgegenzukommen, das Wort „aanzet“ in den Tatbestand der strafbaren Teilnahme am Selbstmord aufgenommen habe. Wer also seinen Gegner im amerikanischen Duell, der das schwarze Los gezogen, zum Selbstmord drängt, fällt unter diese Strafdrohung.[2] Mit dieser Antwort ist in der Tat die richtige Entscheidung gegeben. Ob das amerikanische Duell als selbständiges Delikt unter Strafe gestellt werden soll, oder ob es unter einen der anderen Verbrechensbegriffe fällt, ist hier nicht zu unter-

[1] Vergl. dazu v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge I 1; Binding, Handbuch I 702.

[2] Vergl. Smidt II 108, 442.

suchen.[1]) Daß es nicht ohne weiteres Teilnahme am Selbstmord ist, bedarf keines näheren Nachweises. Sicherlich kann erst durch das Drängen des Gewinnenden der Entschluß zur Tat in dem Selbstmörder hervorgerufen worden sein; dann fällt die Tat unter den Begriff der Anstiftung zum Selbstmord. Um das klar zu machen, bedarf es aber einer besonderen Bestimmung im Gesetze nicht.

[1]) Völlig verfehlt Binding, Handbuch I 702, der seine Ansicht, daß der Überlebende als Mörder zu bestrafen sei, statt durch Gründe, durch Häufung von Superlativen zu beweisen versucht. Aber auch Lammasch, Grundriß 56, der hier § 335 des österreichischen StrGB. „jedenfalls" als gegeben ansieht.

6. Abschnitt.

Fahrlässige Tötung und Lebensgefährdung.

Literatur.

Zu § 18. Impallomeni, Colpa e omicidio colposo, 1894; Stoppato, L'evento punibile, 1898; Angiolini, Dei delitti colposi, 1901; Campili, Condizioni e limiti di punibilità della colpa, 1903; Lollini, In tema d'omicidio colposo. Rivista penale LV 283. — Vergl. auch Geib ANF. 1838 S. 584; Mittermaier, ANF. 1853 S. 1, 167; Derselbe, GS. X 3 (über Kunstfehler der Ärzte usw.). Weitere Literatur in meinem Lehrbuch zu § 42.

Zu § 19. Busch, Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts, 1897 (bes. S. 71—78); Mirčička, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903 (bes. S. 185—195); Gyr, Die Vergiftung als Gefährdungsdelikt 1904 (bes. S. 49—60).

§ 18.

Die fahrlässige Tötung.

I. Stand der Gesetzgebung. II. Der Tatbestand des Regelfalles und seine Bestrafung. III. Die erschwerten Fälle.

I. Der Stand der Gesetzgebung.

Nach der heute, wenigstens in den germanischen Rechten, vorherrschenden Auffassung ist die Fahrlässigkeit kein Delikt, sondern eine Schuldform, die selbständig dem Vorsatz gegenübertritt, aber mit ihm die notwendige Beziehung auf den eingetretenen Erfolg teilt. Die fahrlässige Tötung trägt daher objektiv alle Merkmale der vorsätzlichen Tötung an sich; wie diese ist sie die Verursachung des Todes eines Menschen. Sie unterscheidet sich von jener nur durch das subjektive Merkmal: dort ist der Erfolg vorausgesehen, hier hätte er vorausgesehen werden sollen und können.

Diese Auffassung der Fahrlässigkeit ist das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung, die in der Überwindung des römischen culpa-Begriffes besteht und sich nicht in dem Rechte aller Völker in derselben Weise vollzogen hat. Sie setzt ein Doppeltes voraus: einmal die Scheidung der Fahrlässigkeit vom Vorsatz einerseits, von dem Zufall andererseits; dann aber die Beziehung der Schuld auf den eingetretenen Erfolg. Wer die im Verkehr allgemein oder unter gegebenen Verhältnissen erforderliche Aufmerksamkeit außer acht läßt, begeht damit allein noch kein fahrlässiges Delikt. Dieses liegt erst dann vor, wenn 1. durch das Verhalten ein bestimmter Erfolg herbeigeführt worden ist, und wenn 2. gerade der Eintritt dieses Erfolges, wenigstens generell, voraussehbar gewesen ist.

Erst durch diese Beziehung auf den eingetretenen Erfolg ist die Möglichkeit gegeben, verschiedene fahrlässige Delikte zu unterscheiden, die fahrlässige Tötung von der fahrlässigen Körperverletzung zu sondern usw. Wo diese Beziehung fehlt, gibt es eigentlich nur ein einziges Delikt der Fahrlässigkeit: das unachtsame, die Verkehrsregeln außer acht lassende Verhalten. Dieses Verhalten ist an sich strafwürdig, mag es auch von dem geltenden Recht nur dann bestraft werden, wenn, als objektive, vom Verschulden nicht notwendig umfaßte Bedingung der Strafbarkeit, ein rechtswidriger Erfolg durch das Verhalten verursacht wird. Und das einheitlich gedachte Delikt des unachtsamen Verhaltens bleibt begrifflich dasselbe, mag der eingetretene Erfolg der Tod eines Menschen oder der Untergang einer Sache, eine Körperverletzung oder eine Brandstiftung sein.

Welche der beiden Auffassungen die richtige ist, kann und soll hier nicht untersucht werden. Die geschichtliche Entwicklung hat es mit sich gebracht, daß gerade in unserem deutschen Recht die fahrlässige Tötung als ein selbständiges Delikt erscheint. Es ist nicht anzunehmen, daß der künftige Strafgesetzgeber für das Deutsche Reich an dieser Auffassung rütteln wird. Es genügt daher an dieser Stelle ein flüchtiger Blick auf die außerdeutschen Gesetzgebungen. Er soll die Auffassung des deutschen Rechtes nicht rechtfertigen, sondern lediglich ihre Abweichung von derjenigen anderer Gesetzgebungen deutlicher hervortreten lassen.

1. Das englische common law hat die Fahrlässigkeit weder vom Vorsatz noch vom Zufall scharf getrennt. Die fahrlässige Tötung ist manslaughter. Dieser liegt stets vor, wenn der Tod durch die Vernachlässigung einer Rechtspflicht herbeigeführt worden ist, mag auch dieser Erfolg für den Täter unvorhersehbar gewesen sein. Die OPA. von 1861 hat allerdings versucht, fahrlässige und schuldlose Tötung voneinander zu unterscheiden. Nach s. 7 bleibt die Tötung straflos, wenn sie per misfortune or accident herbeigeführt worden ist. Dieselbe Wendung gebraucht auch der nordamerikanische Entw. 1901 in s. 268. Von einer positiven Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit ist aber weder hier noch dort die Rede. Und dasselbe gilt von dem jüngsten Gesetzgebungswerk auf dem Boden des englischen Rechtes, von dem dem indischen StrGB. nachgebildeten Sudan penal code (1899). Nach Art. 233 wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe oder mit beiden Strafen bedroht, wer den Tod eines Menschen verursacht, „by doing any rash or negligent act not amounting to culpable homicide“.

Besonders lehrreich ist in dieser Beziehung auch das österreichische Recht. Hier stellt § 335 unter Strafe „jede Handlung oder Unterlassung, von welcher der Handelnde schon nach ihren natürlichen, für jedermann leicht erkennbaren Folgen, oder vermöge besonders bekannt gemachter Vorschriften, oder nach seinem Stande, Amte, Berufe, Gewerbe, seiner Beschäftigung, oder überhaupt nach seinen besonderen Verhältnissen einzusehen vermag, daß sie eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder

körperliche Sicherheit von Menschen herbeizuführen oder zu vergrößern geeignet sei".

Der Begriff der fahrlässigen Tötung ist also dem österreichischen Recht fremd. § 335 (ergänzt durch § 431) enthält überhaupt kein Verletzungs-, sondern ein Gefährdungsdelikt. Der Eintritt des Todes oder einer schweren körperlichen Beschädigung macht die Handlung zu einem nach § 335 strafbaren Vergehen, während sie, wenn nur eine leichte oder überhaupt keine Beschädigung eingetreten ist, als Übertretung nach § 431 bestraft wird. Der Eintritt dieses rechtswidrigen Erfolges ist aber die objektive Bedingung der Strafbarkeit, und das Verschulden des Täters besteht lediglich darin, daß er die Fahrlässigkeit seines Verhaltens nicht etwa eingesehen hat, sondern einzusehen vermochte. Dieses allgemeine fahrlässige Gefährdungsdelikt tritt also an die Stelle unseres Begriffes der fahrlässigen Tötung.[1])

2. Auch die romanischen Rechte sind zu einem allgemeinen Begriff der fahrlässigen Tötung nicht gelangt.

Vorbildlich ist für diese Art. 319 des c. pénal. Dieser bestimmt: „Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide ou en aura involontairement été la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de 50 fr. à 600 fr.“[2])

Belgien 418 sucht die Bestimmung zu vereinfachen, wirft aber fahrlässige Tötung und fahrlässige Körperverletzung vollkommen zusammen, indem es sagt:

„Est coupable d'homicide ou de lésion involontaires, celui qui a causé le mal par défaut de prévoyance ou de précaution, mais sans intention d'attenter à la personne d'autrui.“[3])

Ähnlich Spanien 581 mit seinem Begriff der imprudencia temeraria, Portugal 368[4]), sowie die mittel- und südamerikanischen Rechte, soweit diese nicht unter dem unmittelbaren Einfluß des italienischen StrGB. von 1889 stehen.

In allen diesen Bestimmungen ist zwar das negative Merkmal der Fahrlässigkeit, der Mangel des Tötungsvorsatzes, ausdrücklich hervorgehoben, das positive Merkmal des Begriffes aber, die Voraussehbarkeit des Erfolges, wird weder einheitlich erfaßt, noch auch durch die Kasuistik in seinem eigentlichen Wesen wiedergegeben.

Auffallend muß es erscheinen, daß auch das italienische StrGB. über eine völlig planlose Kasuistik nicht hinausgekommen ist. Art. 371 Abs. 1 lautet:

„Wer aus Unverstand, Nachlässigkeit oder aber aus Unkunde im eigenen Gewerbe oder Berufe, oder aus Nichtbeachtung von Reglements,

[1]) Übereinstimmend Finger II 24, Lammasch 58.

[2]) Ähnlich auch Sachsen (1838) 127, Württemberg 251.

[3]) Vergl. dazu Nypels III 114.

[4]) „Die unabsichtliche Tötung, die jemand begeht oder die er durch seine Unerfahrenheit, Unachtsamkeit, Nachlässigkeit, seinen Mangel an Geschicklichkeit oder aus Nichtachtung einer Verordnung verursacht, wird mit Gefängnis von 1 Monat bis zu 2 Jahren und entsprechender Geldbuße bestraft.“

Anordnungen oder Vorschriften den Tod einer Person verursacht, wird mit Gefängnis von 3 Monaten bis zu fünf Jahren und Geldstrafe von 100 bis 3000 Lire bestraft."[1])

Noch sonderbarer als diese Bestimmung ist ihre Rechtfertigung bei Zanardelli.[2]) Wenn der Verfasser der Motive recht hat, so sind die wissenschaftlichen Merkmale der strafrechtlichen colpa noch so unsicher, daß eine befriedigende und in jedem Fall anwendbare Begriffsbestimmung nicht gegeben werden kann. Wenn man früher das Wesen der Fahrlässigkeit in der Voraussehbarkeit (prevedibilità) des Erfolges erblickt habe, so sei durch neuere Untersuchungen diese Auffassung als empirico e fallace nachgewiesen.

3. Mit der Ausscheidung der Körperverletzung mit tödlichem Ausgang aus dem Kreis der Tötungsdelikte war für die deutsche StrGgebung die Möglichkeit gegeben, den Begriff der fahrlässigen Tötung selbständig zu erfassen. Typisch dafür ist die kurze, wenn auch nicht ganz korrekte Fassung des preußischen StrGB. § 184: „Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen herbeiführt", eine Fassung, die mit einer kleinen Änderung („verursacht" statt „herbeiführt") in § 222 RStrGB. übergegangen ist. Auf demselben Standpunkt stehen auch seit 1870 die meisten Gesetze und Entwürfe; so Ungarn 290, die Niederlande 307[3]), Norwegen 239, Rußland 394, die sämtlichen österreichischen Entwürfe seit 1874 und die Schweizer Entwürfe (1903 Art. 70).

II. Der Regelfall und seine Bestrafung.

1. Der Tatbestand.

Unrichtig oder zum mindesten ungenau ist die (schon Hannover 235 gebrauchte) aus dem preußischen in das RStrGB. übergegangene Wendung: „Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht". Sie ist begreiflich in den romanischen Rechten, die zur Auffassung der Fahrlässigkeit als einer allgemeinen Schuldform noch nicht vorgedrungen sind; sie ist unhaltbar, sobald man die Fahrlässigkeit neben den Vorsatz stellt. Dem Gesetzgeber wird es nicht in den Sinn kommen, zu sagen: „Wer durch Vorsatz verursacht", da ja der Vorsatz nicht das Mittel zur Herbeiführung des Erfolges, sondern die diesen begleitende Vorstellung der Kausalität ist. Die einzig korrekte Fassung des Tatbestandes der fahrlässigen Tötung kann daher nur sein: „Wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht". Damit ist der Parallelismus zur vorsätzlichen Tötung hergestellt. Diese Fassung findet sich denn auch in einwandfreier Gestalt im Schweizer Entw.

---

[1]) Vergl. dazu v. Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, I 272. Der Schlüssel zur Lösung des Rätsels liegt wohl in dem Bestreben, die culpa levis auszuschalten. Das tritt bei Carrara § 1095 deutlich hervor. Durchaus richtig dagegen Impallomeni 87.

[2]) Relazione ministeriale, Kap. 147 (S. 300).

[3]) „Hij aan wiens schuld de dood van een aander te wijten is" und dazu Smidt II 459, 461.

10*

2. Der Strafrahmen.

§ 222 des RStrGB. bedroht die fahrlässige Tötung im Regelfall mit Gefängnis von 1 Tag bis zu 3 Jahren. Gegen diese Bemessung der Freiheitsstrafe wird nichts zu erinnern sein. Gegenüber § 184 des preußischen StrGB. besteht der Fortschritt darin, daß das Mindestmaß von 2 Monaten beseitigt und das Höchstmaß von 2 auf 3 Jahre erhöht ist.

Wohl aber muß die alternative Zulassung von Geldstrafe neben der Freiheitsstrafe verlangt werden. Da die untere Grenze der Fahrlässigkeit bis an den Zufall heranreicht, kann auch eine Freiheitsstrafe von wenigen Tagen als zu streng erscheinen. Schon Bayern 1861 Art. 232 läßt wahlweise Geldstrafe zu. Aber auch die meisten neueren Gesetzgebungen und Entwürfe haben auch die Geldstrafe für zulässig erklärt.[1]) So kann nach Norwegen 239 „bei besonders mildernden Umständen" auf Geldstrafe erkannt werden; die sämtlichen österreichischen Entwürfe drohen Gefängnis bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bis zu 1000 fl. an[2]); Rußland 1903 und der Schweizer Entw. gelangen durch Anerkennung des allgemeinen richterlichen Milderungsrechtes zu demselben Ergebnis. Beachtung verdient es, daß auch in den Niederlanden das Bedürfnis nach Zulassung der Geldstrafe sich herausgestellt hat; während das Gesetz selbst nur Freiheitsstrafe androht, schlägt der von dem Justizminister J. A. Loeff am 19. Sept. 1904 eingebrachte (seither zurückgezogene) Entw. vor, dem Art. 307 die Worte hinzuzufügen: „oder mit Geldstrafe bis 900 fl.".

Es wird aber weiter auch die fakultative Verbindung der Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe erwogen werden müssen. Diese Verbindung wird sich besonders, aber nicht bloß dann empfehlen, wenn die fahrlässige Tötung in letzter Linie auf Gewinnsucht des Täters zurückzuführen ist. Die Verbindung ist in dem italienischen StrGB. allgemein vorgeschrieben, im Schweizer Entw. nur für den Fall, daß die Fahrlässigkeit der Gewinnsucht des Täters entsprungen ist. Ich halte die obligatorische Verbindung für verfehlt, die ausdrückliche Hervorhebung der Gewinnsucht nicht für notwendig.[3])

III. Die erschwerten Fälle.

1. Im Gegensatz zu Preußen § 184 hat das RStrGB. die Strafe der fahrlässigen Tötung geschärft (Gefängnis bis zu 5 Jahren), „wenn der Täter

[1]) Sowohl Japan 317 als auch die japanischen Entwürfe bedrohen die einfache fahrlässige Tötung überhaupt nur mit Geldstrafe.

[2]) Gebilligt von Schwarze, Bemerkungen, 1875 S. 89.

[3]) Für diese Schärfung dürfte auch die Reichskriminalstatistik sprechen. Die Durchschnittszahl der Verurteilungen aus § 222 betrug 1882/91: 565, 1892/01: 642; die Relativzahl 1,2 ist dieselbe geblieben. 1902 haben wir 628, 1903 dagegen 674 Verurteilungen; eine gewisse Neigung zum Steigen ist also doch unverkennbar. Ausschlaggebend aber scheint mir die Steigerung der fahrlässigen Körperverletzung, die im Verhältnis der beiden Jahrzehnte um 76,7 % zugenommen hat; die Grenzlinie zwischen beiden Delikten ist aber objektiv wie subjektiv im Einzelfall sehr schwer zu ziehen.

zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Berufes, Amtes oder Gewerbes besonders verpflichtet war".

Die Auslegung dieser Bestimmung ist nicht unbestritten.[1]) Vielleicht ließe sich der weiten Auslegung, zu welcher Theorie und Rechtsprechung neigen, dadurch vorbeugen, daß man sagte: „war die Fahrlässigkeit in Ausübung des Amtes usw. begangen". Bei dieser Fassung würde der Arzt, der auf dem Rad zu einem Patienten fährt, der Lohnkutscher, der am Sonntag mit seinen Freunden zu Wagen einen Ausflug unternimmt, wenn sie bei diesem Ausflug einen Menschen tödlich verletzen, nicht unter den strengeren Strafrahmen fallen. Für die mildere Bestrafung spricht aber hier sowohl das Rechtsgefühl als auch die kriminalpolitische Erwägung, die zur strengeren Bestrafung der in Ausübung des Berufes begangenen Fahrlässigkeit geführt hat.

Aber eine andere wichtigere Frage drängt sich auf. Die Fahrlässigkeit im Berufe beweist, daß der Täter des ihm entgegengebrachten Vertrauens nicht würdig ist. Die logisch notwendige Folgerung ist, daß ihm, sei es bei der ersten, sei es bei wiederholter Verurteilung, die Befugnis zur Ausübung des Berufes entzogen wird. Diese Entziehung, am besten verbunden mit Veröffentlichung des verurteilenden Erkenntnisses, trägt den Charakter einer zum Schutz von Leib und Leben verhängten Sicherungsstrafe; ihre Androhung wird aber auch eine nicht unbeträchtliche generalprävenierende Wirkung auszuüben geeignet sein.[2])

Bekanntlich hatte § 184 Abs. 2 des preußischen StrGB., ebenso wie die meisten übrigen deutschen Gesetzbücher, diese Maßregel vorgesehen. Er bestimmt:

„Wenn der Täter zu der Aufmerksamkeit oder Vorsicht, welche er bei der fahrlässigen Tötung aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann derselbe zugleich auf eine bestimmte Zeit, welche die Dauer von 5 Jahren nicht übersteigen darf, oder für immer zu einem solchen Amte für unfähig oder der Befugnis zur selbständigen Betreibung seiner Kunst oder seines Gewerbes verlustig erklärt werden."

In dem ersten Entw. eines StrGB. für den norddeutschen Bund ist die Bestimmung gestrichen worden. Zur Rechtfertigung der Streichung führen die Motive nur einen einzigen Grund an:

Nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung müsse als die Meinung des Gesetzes angenommen werden, daß die Entziehung der Berechtigung zum Gewerbebetrieb künftig — von den besonderen im § 143 für die Steuer- und Preßgesetzgebung bestimmten Ausnahmen abgesehen — überhaupt als

[1]) Vergl. dazu Frank § 222 II.

[2]) Diese Wirkung ist recht wünschenswert. Die seit 1902 vorgenommene getrennte Auszählung ergibt, daß die Mehrzahl der Verurteilungen aus § 222 wegen Verletzung der Berufspflicht erfolgt. 1902 waren die Ziffern: von 628 Verurteilungen 298 nach dem 1., 330 nach dem 2. Absatz; 1903 von 674: 327 und 347.



Strafart nicht mehr zulässig sein, die Verletzung besonderer Berufspflichten vielmehr nur mit den gewöhnlichen Strafen belegt werden solle. So bedenklich dieses gerade in seiner Anwendung auf die hier in Rede stehenden strafbaren Handlungen auch erscheinen möge, so müsse sich doch der Versuch verbieten, ein eben erst gesetzgeberisch sanktioniertes Prinzip wieder zu durchbrechen.

Handle es sich um öffentliche Beamte, so genügen, meinen die Motive, die übrigen Bestimmungen des StrGB., um unfähige Personen aus ihren Stellungen zu beseitigen.

Aber diese Begründung trifft heute nicht mehr zu; die vorgebrachten Erwägungen haben längst alle Beweiskraft eingebüßt. In den dreieinhalb Jahrzehnten seit Erlaß der Gew.Ordn. ist so viel an ihr geändert worden, daß auch diese kleine Änderung nicht als unzulässig erscheinen würde. Die Berechtigung und die Zweckmäßigkeit der Maßregel ist von dem Verfasser der Motive selbst in das hellste Licht gestellt worden; der einzige von ihm geltend gemachte Gegengrund aber ist hinweggefallen.

Die außerdeutsche Gesetzgebung hat die Untersagung der Ausübung des Berufes vielfach verwendet. So, abgesehen von Rußland (1903) 394 und Bulgarien 258 (hier wie dort verbunden mit der Veröffentlichung des Urteiles), das niederländische StrGB. in Art. 309: „Werden die in diesem Titel bezeichneten Verbrechen in Ausübung eines Amtes oder Berufes begangen, so kann die Strafe um ein Drittel erhöht, Untersagung der Ausübung des Berufes, in welchem das Verbrechen begangen ist, ausgesprochen werden, und der Richter die Veröffentlichung seines Urteiles anordnen."[1]) Ebenso Ungarn 291, nach welchem der Richter die abermalige Gestattung der Ausübung von einer neuerlichen Prüfung oder einem andern Nachweis über die Aneignung der entsprechenden Befähigung abhängig machen kann. Das norwegische StrGB. spricht von dieser Maßregel zwar nicht in den auf die Tötung bezüglichen Paragraphen, wohl aber im allgemeinen Teil, wo § 29 Ziff. 4 und 5 die Untersagung der Berufsausübung in sorgfältigster Weise behandelt. Dasselbe gilt von § 43 des Schweizer Entw. (1903).

Für die Revision unseres RStrGB. ist die Aufnahme einer solchen Bestimmung in den allgemeinen Teil dringend zu empfehlen. Wird dieser Vorschlag abgelehnt, dann ist um so entschiedener die Rückkehr zu § 184 Abs. 2 preuß. StrGB. zu verlangen. Mit der Wiederaufnahme dieser Nebenstrafe kann auch auf die Erhöhung des Höchstmaßes bis auf 5 Jahre ohne weiteres Verzicht geleistet werden.

2. Die Aufstellung weiterer erschwerender Umstände empfiehlt sich nicht. Das geltende Recht kennt sie nicht, und auch in der außerdeutschen Gesetzgebung finden sich nur vereinzelte Fälle.

[1]) Die Aufnahme dieser Bestimmung erfolgte auf Wunsch der 2. Kammer. Man wies dabei insbesondere auf Fahrlässigkeit von Apothekern, Geburtshelfern, Baumeistern hin. Vergl. Smidt II 459, 461.

So schärft Italien 371 Abs. 2 die Strafe, wenn die Handlung den Tod mehrerer Personen oder auch den Tod einer einzigen und die Verletzung einer oder mehrerer Personen zur Folge hatte. Dieser Fall ist nach den allgemeinen Grundsätzen über die sogenannte ideale gleichartige Konkurrenz zu beurteilen und bedarf keiner besonderen Hervorhebung im Gesetz.

§ 19.

Die Lebensgefährdung.

I. Das Gattungsdelikt der Lebensgefährdung. II. Das Verhältnis des allgemeinen Gefährdungsdeliktes zu andern Tatbeständen.

I. Das Gattungsdelikt der Lebensgefährdung.

1. Der Begriff der Lebensgefährdung. Die von mir zu erörternde grundsätzliche Frage geht dahin: empfiehlt es sich, der Tötung als einem allgemeinen Verletzungsdelikt den Gattungsbegriff der Lebensgefährdung gegenüber zu stellen? Nur um das Gattungsdelikt handelt es sich, nicht um die Aufstellung einzelner, durch das ausdrückliche oder stillschweigende Erfordernis der Lebensgefährdung gekennzeichneter Tatbestände.

In dieser Fassung ist das Problem selbst neu. Die bisherigen Gesetzgebungen haben sich, von ganz vereinzelten Ausnahmen abgesehen, damit begnügt, einzelne Fälle der, sei es allgemeinen, sei es individuellen Gefährdung fremden Lebens in besonderen Tatbeständen hervorzuheben und unter teilweise recht strenge Strafen zu stellen. Ich komme auf diese Behandlung der Leibes- und Lebensgefährdung unten zurück. An dieser Stelle handelt es sich nicht um sie, sondern um das Gattungsdelikt.

Sofort aber entsteht die Frage, in welcher Ausdehnung dieses Gattungsdelikt gesetzlich verwertet werden soll. Der Begriff der Gefahr deckt sich mit der nahen Möglichkeit einer Verletzung. Diese kann bei Aufstellung des Begriffs beschränkt werden auf den Tod eines Menschen; sie kann aber auch die bloße Körperverletzung mit allen ihren Abstufungen in sich schließen. Damit wird die Lebensgefährdung zur Gefährdung von Leib und Leben. Für diese Ausdehnung des Tatbestandes[1]) spricht die Erwägung, daß dem Begriff der Gefahr immer etwas Unbestimmtes und Unsicheres anhaftet, daß die Möglichkeit einer Verletzung der körperlichen Unversehrtheit von der Gefahr des Todes sowohl objektiv (bei der Prognose) als auch subjektiv (in dem Bewußtsein des Täters) schwer getrennt werden kann. Gegen sie spricht, daß der Tatbestand der Körperverletzung, der ja auch für das Delikt der Leibesgefährdung maßgebend sein müßte, bis zu den geringfügigsten Störungen des körperlichen Wohlbefindens herabführt und ein Bedürfnis, diese Fälle unter Strafe zu stellen, nicht vorliegt. Daher empfiehlt sich für den Gesetzgeber ein Mittelweg: den Tatbestand nicht auf die Herbeiführung der Todesgefahr zu beschränken, aber andererseits nicht jede Gefährdung

[1]) Gegen sie Gyr 59.

der leiblichen Unversehrtheit in ihn aufzunehmen. Für die Abgrenzung kann der Begriff der schweren Körperverletzung verwendet werden, und zwar nicht bloß dann, wenn er von dem Gesetz allgemein als technischer Begriff verwendet wird, sondern auch dann, wenn das nicht geschieht. In diesem Falle wird es Sache des Richters sein, im Einzelfalle die richtige, dem Willen des Gesetzes entsprechende Abgrenzung zu finden.

Der objektive Tatbestand würde also gegeben sein durch die Herbeiführung der Gefahr, daß der Tod oder eine schwere Körperverletzung eines andern eintrete. Dieser Tatbestand enthält ein reines Gefährdungsdelikt. Ob die Gefahr sich bis zur Verletzung weiterentwickelt hat oder nicht, muß für das Vorliegen des Delikts gleichgültig bleiben, wenn auch immerhin auf den Eintritt des Erfolges bei Ausmessung der Strafe innerhalb des Strafrahmens Rücksicht genommen werden kann.

In subjektiver Beziehung ist die Strafbarkeit zu beschränken auf die vorsätzliche Gefährdung. Der Täter muß also wissen, daß er durch seine Handlung oder Unterlassung die Gefahr des Erfolgseintritts herbeiführt. Die Ausdehnung der Strafbarkeit auf die fahrlässige Gefährdung empfiehlt sich schon deshalb nicht, weil die vorgeschlagene Bestimmung ohnehin den Kreis der strafbaren Handlungen dem geltenden Recht gegenüber wesentlich erweitert.[1])

Die Aufstellung dieses Tatbestandes hängt in keiner Weise mit der Anerkennung oder Ablehnung des dolus eventualis zusammen. Der eventuelle Verletzungsvorsatz hat mit dem direkten Gefährdungsvorsatze nichts zu tun; der erstere bezieht sich auf die Wirklichkeit, der letztere nur auf die Möglichkeit des Erfolgseintrittes. Bei jenem ist die Voraussicht des Erfolgs unerläßlich, bei diesem darf sie nicht vorliegen, soll nicht das vorsätzliche Gefährdungsdelikt in ein (wenigstens versuchtes) vorsätzliches Verletzungsdelikt übergehen. Es mag zugegeben werden, daß die Aufstellung des Tatbestandes der vorsätzlichen Leibes- und Lebensgefährdung in der Rechtsprechung zu einer verminderten Anwendung des dolus eventualis führen wird; dennoch muß allen Versuchen, die begrifflich scharfe Abgrenzung zu verwischen, wie sie namentlich von Stooß wiederholt gemacht worden sind, mit aller Entschiedenheit entgegengetreten werden.

2. Der Stand der Gesetzgebung.

Das allgemeine Gattungsdelikt der Leibes- und Lebensgefährdung findet sich, soweit das heute geltende Recht in Frage steht, nur in vereinzelten unklaren Ansätzen.

Das indische StrGB. kennt die Leibes- und Lebensgefährdung. S. 336 bestimmt: „Whoever does any act so rashly or negligently as to endanger human life or the personal safety of others“, soll mit Gefängnis bis zu drei Monaten oder mit Geld bis zu 250 Rupees oder beidem bestraft

[1]) Gegen die Ausdehnung Seuffert, Mitteilungen der IKV. X 459; für sie Miřička 194; zweifelnd Gyr 53.

werden. Die Bestimmung scheint aber auch für das Gebiet des englischen Rechts vereinzelt geblieben zu sein.

Ob das geltende österreichische Recht herangezogen werden darf, ist zweifelhaft. Die herrschende Meinung in Österreich will allerdings jede dolose Einzelgefährdung nach § 87 strafen: der öffentlichen Gewalttätigkeit macht sich schuldig, wer „durch was immer für eine andere aus Bosheit unternommene Handlung . . . eine der im § 85 lit. b bezeichneten Gefahren[1]) herbeiführt". Aber die Stellung wie der Inhalt des Paragraphen weisen darauf hin, daß Gemeingefährdung, nicht Einzelgefährdung vorausgesetzt wird.[2])

Der oben S. 146 besprochene § 335 setzt den Eintritt eines Erfolgs als Tatbestandsmerkmal oder doch als Bedingung der Strafbarkeit voraus, gehört also überhaupt nicht hierher.

Es bleibt also § 431:

„Überhaupt lassen sich die Übertretungen, wodurch die körperliche Sicherheit verletzt werden kann, nicht sämtlich aufzählen. Es soll daher jede der in den §§ 335—337 bezeichneten Handlungen oder Unterlassungen auch dann, wenn sie keinen wirklichen Schaden herbeigeführt hat, als Übertretung mit einer Geldstrafe von 5 bis 500 Gulden oder mit Arrest von 3 Tagen bis zu 3 Monaten geahndet werden."

Aber nicht nur die milde Strafdrohung, sondern auch der Mangel einer Bestimmung über Vorsatz oder Fahrlässigkeit lassen deutlich erkennen, daß wir es nicht mit einem Gefährdungsdelikt, sondern mit einer Polizeiübertretung zu tun haben.

Die österreichischen Entwürfe kennen das Gattungsdelikt der vorsätzlichen oder fahrlässigen Gemeingefährdung; die Einzelgefährdung wird nur in Sondertatbeständen behandelt.

Bahnbrechend geht in dieser Frage erst der Schweizer Entw. vor, der daher hier genauer zu besprechen ist. Schon der Vorentw. von Stooß hatte in Art. 58 gesagt:

„Wer das Leben eines Menschen vorsätzlich gefährdet, wird, wenn die Gefahr nicht eine gemeine ist (Art. 152), mit Zuchthaus oder Gefängnis von 1 bis 3 Jahren, und wenn der Tod eines Menschen verursacht wurde, mit Zuchthaus oder Gefängnis von 2 bis 5 Jahren bestraft." Daneben behandelte der Art. 67 getrennt in analoger Weise die Leibesgefährdung.

In den Verhandlungen der Expertenkommission[3]) wurden gegen diese Vorschläge verschiedene Bedenken vorgebracht. Man verwies auf den Luftschiffer, der Gäste auf deren Wunsch mit sich nimmt; auf den Arzt, der ein neues Mittel zur Anwendung bringt: sollten diese Personen strafbar sein? Auch machte man auf die Schwierigkeit des Beweises für den

[1]) Gefahr für das Leben, die Gesundheit, körperliche Sicherheit von Menschen, oder in größerer Ausdehnung für fremdes Eigentum.

[2]) Vergl. Rittler 252.

[3]) II 31.

Gefährdungsvorsatz aufmerksam. Stooß erwiderte unter Bezugnahme auf seinen Z. XV 199 veröffentlichten Aufsatz über dolus eventualis und Gefährdungsvorsatz; er führte als Gegenbeispiel den Jäger an, der einen Hirsch und in dessen nächster Nähe einen Menschen erblickt und auf den Hirsch schießt, obwohl er weiß, daß er auch den Menschen treffen könnte. Hier fehle der Vorsatz; und doch sei die Strafwürdigkeit auch dann zweifellos, wenn kein Unglück erfolgt ist. Morel, Cornaz, Gautier und Zürcher traten für den Vorschlag des Entw. ein; auch sie sprachen von dem „Mittelding" zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, das gerade durch den Gefährdungsvorsatz gegeben werde. Der Art. wurde schließlich (Redaktion vorbehalten) einstimmig angenommen.

Für die zweite Lesung hatte Stooß, um die vorgebrachten Einwendungen abzuschneiden, den Tatbestand nach zwei Richtungen hin eingeengt; einmal subjektiv durch die Worte: „wer wissentlich und gewissenlos usw."; dann objektiv durch das Erfordernis einer „unmittelbaren Gefahr". Zugleich faßte sein Art. 59 die Gefährdung von Leib und Leben in eine einzige Bestimmung zusammen. Auch jetzt war der Vorschlag Gegenstand lebhafter Erörterungen[1]; Meyer von Schauensee, Gretener, Bärlocher verlangten die Streichung, indem sie auf die große Menge erlaubter Gefährdungen hinwiesen; auch wurde das hohe Mindestmaß mehrfach beanstandet. Die Mehrheit sprach sich aber für die Beibehaltung der Vorschrift aus. In dem Entw. 1903 findet sich Art. 68 in der folgenden Fassung:

„Wer einen Menschen wissentlich oder gewissenlos in unmittelbare Gefahr für das Leben oder in schwere Gefahr für die Gesundheit bringt, wird mit Zuchthaus bis zu 3 Jahren oder mit Gefängnis bestraft; wird der Tod des Menschen verursacht, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Gefängnis nicht unter 1 Jahr.

Hat der Täter aus Gewinnsucht gehandelt, so ist mit der Freiheitsstrafe Buße bis zu 10000 Franks zu verbinden."

In seinem Bericht (II 7) führt Stooß aus:

Wenn ein Forscher an einem Menschen ein lebensgefährliches Experiment vornimmt, das ohne schlimme Folgen bleibt, so kann er weder wegen versuchter vorsätzlicher, noch wegen fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung bestraft werden. „Und doch ist gegen solche Attentate auf die Sicherheit von Leib und Leben ein Strafschutz geboten. Diesen will Art. 59 gewähren.

Einzelne haben eine schärfere Begrenzung des Tatbestandes gewünscht, allein die Mannigfaltigkeit des Lebens läßt eine solche nicht zu. Nach Art. 59 sind namentlich auch die Fälle zu bestrafen, die dem Täter heute mit Hilfe eines dolus eventualis zum Vorsatz zugerechnet werden. Beispiel: Der Jäger zielt auf ein Reh und schießt, obwohl er sich bewußt ist, durch den

[1]) II 506—510.

Schuß einen Treiber in Gefahr zu bringen. Wird der Treiber getroffen, so darf die Tötung oder Verletzung dem Jäger nicht zum Vorsatz zugerechnet werden. Denn er hat sich den Erfolg, den er verursacht hat, zwar vorgestellt, aber ihn nicht, auch nicht eventuell, gewollt. Der Täter kann allerdings wegen Fahrlässigkeit bestraft werden. Die Strafpflicht versagt jedoch vollständig, wenn die gefährliche Handlung ohne schlimme Folgen bleibt. Und doch ist der Täter nicht minder strafwürdig, der ein Menschenleben freventlich aufs Spiel setzte und das Glück hat, kein Unheil anzurichten."[1])

3. Legislative Erwägungen. Die Begründung, die Stooß seinem Vorschlag mit auf den Weg gegeben hat, ist nichts weniger als glücklich[2]): mit dem „Mittelding" zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, dieser dritten Schuldform des Gefährdungsvorsatzes, werden sich nicht viele Kriminalisten zu befreunden vermögen. Aber die Bestimmung selbst verdient Beifall. Sie füllt eine oft empfundene Lücke in unseren StrGB. in zweckmäßiger Weise aus. Nur die vollendete, vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung, sowie der Versuch der vorsätzlichen Verletzung sind strafbar; die schlimmste Fahrlässigkeit bleibt straflos, wenn infolge eines glücklichen Zufalls der Eintritt der Verletzung ausgeblieben ist. Der Automobilist, der mit rasender Geschwindigkeit durch die Dörfer fährt; der Bergwerksleiter, der trotz der schlagenden Wetter die Belegschaft einfahren läßt; der Fabrikbesitzer, der die nötigen Schutzvorrichtungen an den Maschinen nicht anbringt: sie bleiben alle, wie v. Lilienthal[2]) treffend hervorgehoben hat, straflos, wenn nicht etwa durch besondere Bestimmungen in den Nebengesetzen ihr Verhalten unter selbständige Strafe gestellt sein sollte. Gegen diese brutale Mißachtung des Menschenlebens will Art. 68 den Strafschutz gewähren, und damit ist er auf dem richtigen Wege.

Völlig verfehlt ist der Einwand, daß dann auch die „große Menge der erlaubten Lebensgefährdungen" bestraft werden müsse. Was erlaubt ist, kann niemals rechtswidrig und strafbar sein. Gerade die jüngsten Untersuchungen über den Inhalt und die Grenzen des Merkmales der Rechtswidrigkeit werden auch hier der Rechtsprechung ausreichende Fingerzeige zu geben imstande sein.

4. Tatbestand und Bestrafung. Auch mit der Fassung des Art. 68 von 1903 kann ich mich im allgemeinen einverstanden erklären. Sie verbindet, wie ich es verlange, die Gefährdung des Leibes mit der Gefährdung des Lebens; sie fordert „schwere Gefahr für die Gesundheit" und meint

---

[1]) Zustimmend äußerten sich: Heinemann, Sozialpolitisches Zentralblatt IV (1894) S. 100; Busch S. 77; Miřička 192; Gyr 59; ablehnend Meyer von Schauensee, Zur Geschichte und Kritik usw., 1897 S. 60 (er erblickt in Art. 59 „eine geradezu unerträgliche Beschränkung menschlicher Freiheit" und will im Anschluß an Binding, Normen I (2. Aufl.) 385, II 521 nur Gefährdungsdelikte „mit gesetzlich geschlossenen Mitteln" zulassen). Bedenken auch bei v. Lilienthal Z. XV 318 (sie sind großenteils durch die geänderte Fassung des Art. beseitigt).

[2]) v. Lilienthal Z. XV 318.

damit wohl, ebenfalls im Sinne meines oben gemachten Vorschlages, die Gefahr einer schweren Verletzung; auch gegen die „unmittelbare Gefahr für das Leben" habe ich nichts einzuwenden.

Der Strafrahmen für den Regelfall, Zuchthaus bis zu 3 Jahren oder Gefängnis, dürfte angemessen sein; die Zulassung der Zuchthausstrafe rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß es sich um sehr schwere Rücksichtslosigkeit gegen menschliches Leben und menschliche Gesundheit handeln kann. Eben darum aber halte ich es für überflüssig, ja für bedenklich, den Eintritt des Todes als Schärfungsgrund anzuwenden. Für überflüssig, denn Zuchthaus bis zu 3 Jahren ist eine auch für diese Fälle ausreichende Strafe; für bedenklich, denn damit wird der Grundgedanke der Bestimmung, ihre Eigenart als Gefährdungsdelikt, wenn auch nicht aufgegeben, so doch verdunkelt. Umgekehrt scheint es mir notwendig, wie bei der fahrlässigen Tötung, alternativ neben der Freiheitsstrafe entweder überhaupt oder bei Vorliegen mildernder Umstände Geldstrafe zuzulassen.

Über kumulative Androhung der Geldstrafe darf ich wohl auf das oben § 18 S. 148 Gesagte verweisen.

II. Das Verhältnis des allgemeinen Gefährdungsdeliktes zu anderen Tatbeständen.

Durch die Aufnahme einer allgemeinen Strafdrohung gegen Lebens- und Leibesgefährdung würde das System der strafbaren Tatbestände nach verschiedenen Richtungen hin eine wesentliche Klärung und Vereinfachung erfahren.

1. Die Scheidung zwischen der Herbeiführung einer gemeinen Gefahr (d. h. einer Gefahr für viele Personen) und der Herbeiführung einer individuellen Gefahr kann nunmehr streng durchgeführt werden. Ob auch bezüglich der sogenannten „gemeingefährlichen Delikte" ein allgemeines, einheitliches Gattungsdelikt aufzustellen sei, habe ich an dieser Stelle nicht zu untersuchen.

2. Neben dem Gattungsdelikt der vorsätzlichen Einzelgefährdung von Leib und Leben wären künftighin nur solche Tatbestände als Artdelikte besonders hervorzuheben, bei denen der für jene aufgestellte Strafrahmen zu hart erscheint oder nicht ausreicht oder aber der Charakter als Gefährdungsdelikt nicht außer Zweifel steht. Eine Untersuchung dieser Tatbestände geht über die mir gestellte Aufgabe hinaus. Ich muß mich daher auf wenige Bemerkungen beschränken.

a) Völlig entbehrlich ist der ganz verunglückte § 17 unseres Impfgesetzes vom 8. April 1874. Der Arzt, der bei Ausführung einer Impfung fahrlässig handelt und dadurch das Leben oder die Gesundheit des Geimpften gefährdet, fällt damit unter den neuen Tatbestand; ist eine Gefährdung gar nicht eingetreten, so ist die Bestrafung überflüssig.

b) Die Gesundheitsgefährdung durch Geschlechtskranke ist in den letzten Jahren vielfach erörtert worden. In meinem 1903 über

diese Frage erstatteten Gutachten[1]) habe ich die Frage eingehend besprochen und nach rechtsvergleichender Darstellung des legislativen Materials meine Ansicht in dem folgenden Gesetzesvorschlag zusammengefaßt:

„Wer, wissend, daß er an einer ansteckenden Geschlechtskrankheit leidet, den Beischlaf ausübt oder auf andere Weise einen Menschen der Gefahr der Ansteckung aussetzt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Ist die Handlung von einem Ehegatten gegen den anderen begangen, so tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein."

Eine jede derartige Bestimmung wird überflüssig, sobald der Tatbestand der Gesundheitsgefährdung allgemein unter Strafe gestellt ist.[2])

c) Die Vorschriften der Gew.-Ordn., welche den Schutz der gewerblichen Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit bezwecken, würden durch die vorgeschlagene Strafdrohung eine wesentliche Weiterbildung erhalten. Daß die Übertretungsstrafe des § 147 nicht ausreicht, wenn die Nichtbeachtung der nach § 120d von der Polizeibehörde getroffenen Anordnung zu einer wirklichen Gefährdung von Leib und Leben der Arbeiter geführt hat, wird nicht bestritten werden können.

Dasselbe gilt von den Übertretungen des Gesetzes vom 30. März 1903 betreffend die Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben.

Zugleich aber würde die strafrechtliche Verantwortlichkeit über das persönliche Anwendungsgebiet der beiden Gesetze hinaus erweitert. Auch die Gefährdung der ländlichen Arbeiter, des häuslichen Gesindes, der Heimarbeiter, der anders als in gewerblichen Betrieben beschäftigten Kinder würde unter den allgemeinen Begriff der Lebens- und Gesundheitsgefährdung fallen.

3. Unberührt bleiben alle Tatbestände, in denen es nicht auf die Herbeiführung einer Gefahr im Einzelfalle, sondern lediglich auf die Übertretung der zum Schutze von Leib und Leben erlassenen allgemeinen Anordnungen ankommt. Insoweit also würde durch die Aufstellung des allgemeinen Gefährdungsdeliktes eine Vereinfachung der Strafdrohungen nicht unmittelbar herbeigeführt werden. Aber gerade wenn die im einzelnen Fall verursachte Gefährdung unter den für das allgemeine Gefährdungsdelikt aufgestellten Strafrahmen fällt, tritt der rein polizeiliche Charakter jener Tatbestände um so deutlicher hervor. Damit ist die Möglichkeit gegeben, überall mit Übertretungsstrafen auszureichen, und, wenn es einmal zu einer Ausscheidung aller rein polizeilichen Übertretungen aus dem Gebiete des kriminellen Unrechtes kommen sollte, dieses von dem Ballast aller dieser Tatbestände zu befreien.

[1]) Abgedruckt in meinen strafrechtlichen Aufsätzen und Vorträgen II 471.

[2]) Der Schweizer Entw. hat in Art. 76, trotz der generellen Bestrafung der Gesundheitsgefährdung, diesen Fall besonders hervorgehoben. Nur das Antragserfordernis bei Gefährdung des Ehegatten vermag diese Hervorhebung zu rechtfertigen. Es wäre aber zu überlegen, ob nicht auch dieses Erfordernis auf alle Fälle der Lebens- und Leibesgefährdung ausgedehnt werden sollte.



Ich rechne hierher insbesondere auch die Unterlassung der Hilfeleistung bei Lebensnot eines anderen; also den Fall, den § 360 Ziff. 10 unseres RStrGB., allerdings unter gewissen Einschränkungen, unter Strafe gestellt hat, und dem auch die außerdeutsche Strafgesetzgebung besondere Aufmerksamkeit widmet. —

Verletzung oder Gefährdung eines rechtlich geschützten Interesses: darin besteht der Kern des kriminellen Unrechtes. Was darüber hinausgeht, fällt aus dem Rahmen des eigentlichen Strafrechtes hinaus. Auch für das Rechtsgut des Lebens endet der Strafschutz mit dem Wegfall der konkreten Gefahr.

---

2. Abtreibung

(§§ 218—220 RStrGB.).

Bearbeitet von Privatdozent **Dr. Gustav Radbruch,** Heidelberg.

1. Geschütztes Rechtsgut. Die von der Abtreibung handelnden §§ 218—220 unseres StrGB. stehen in seinem den Verbrechen und Vergehen wider das Leben gewidmeten sechzehnten Abschnitte.

In demselben Zusammenhang erscheint sie in den seit 1813 erlassenen ehemaligen Partikularstrafgesetzbüchern[1]); nur Hessen, Baden, Nassau verweisen sie in einen selbständigen Abschnitt.

Von den gesetzgeberischen Arbeiten des Auslandes, welche hier dauernd zum Vergleiche herangezogen werden sollen[2]), behandeln das niederländische und das russische StrGB., sowie der österreichische und der nordamerikanische Entw. (durch die Bezeichnung als manslaughter) die Abtreibung ausdrücklich als Verbrechen gegen das Leben, das norwegische StrGB. und der schweizerische Entw. unter der Überschrift „Verbrechen gegen Leib und Leben", während sie der Code pénal zu den Körperverletzungen, das englische Gesetz unter die Verbrechen gegen Familienordnung und Sittlichkeit stellt und das österreichische und das italienische StrGB. ihm einen selbständigen Abschnitt einräumen.

Das Leben, gegen welches das Abtreibungsverbrechen sich somit nach überwiegender Ansicht wendet, kann nur das Leben der Leibesfrucht sein.

---

[1]) Bayern 1813 Art. 172—173, Oldenburg 1814 Art. 177—178, Sachsen 1838 Art. 128—129, Württemberg 1839 Art. 253—255, Braunschweig 1840 § 155, Hannover 1840 Art. 236—237, Hessen 1841 Art. 281—285, Baden 1845 §§ 251—254, Nassau 1849 Art. 274—278, Thüringen 1850ff. Art. 127—128, Preußen 1851 §§ 181—182, Sachsen 1855 Art. 160—161, Bayern 1861 Art. 243—245, Hamburg 1869 Art. 128.

[2]) Französischer Code pénal von 1810 Art. 317, Österreichisches Strafgesetz von 1852 §§ 144—148, Englische Offences against the Person Act von 1861 chapter 100 sections 58—59 (24 u. 25 Vict. c. 100 s. 58, 59), Niederländisches Wetboek van Strafrecht von 1881 Art. 295—298, Italienischer Codice Penale von 1889 Art. 381—385, Norwegisches Allgemeines bürgerliches StrGB. von 1903 §§ 465, 466, Russisches StrGB. von 1903 §§ 465—466, Osterreichischer Entw. von 1891 §§ 232—234, Nordamerikanischer Entw. von 1901 sections 277—279, Schweizerischer Vorentwurf von 1903 Art. 64.

Von den übrigen Verbrechen gegen das Leben unterscheidet sie sich nun aber dadurch, daß das von ihr angegriffene Leben der Leibesfrucht nicht ein Rechtsgut eines einzelnen ist — etwa der Leibesfrucht selbst, der man rechtlich geschützte Interessen ebensowenig zuerkennen wird, wie jenen tierischen Ahnen des Menschengeschlechts, deren Nachbild sie nach dem biogenetischen Grundgesetz ist, oder des zukünftigen Menschen, der als solcher nicht Subjekt gegenwärtiger Interessen sein kann — sondern ein Rechtsgut der Gesamtheit, die an dem Leben der Leibesfrucht zwar nicht, wie man gewollt hat, ein Gesittungsinteresse[1]), wohl aber ein populationistisches Interesse nimmt.[2]) Soll freilich diese Rechtfertigung der Abtreibungsstrafe durch das populationistische Interesse uns nicht als ein durch die Furcht vor Neuerungen diktierter Vorwand erscheinen, so müßte sie sich stark genug erweisen, nicht nur den bestehenden Zustand aufrechtzuerhalten, sondern auch neue Bestimmungen, die mit gleicher Notwendigkeit aus ihr folgen: die Bestrafung der Unfruchtbarmachung[3]) und der Empfängnisverhütung[4]) ins Leben zu rufen. Scheut man diese Konsequenz, so wird man sich einzugestehen haben, daß die Prämisse auf Selbsttäuschung beruhe, und erwägen müssen, ob nicht schwerer als die Anhänglichkeit gegenüber dem Hergebrachten die Bedenken gegen eine Strafbestimmung ins Gewicht fallen, welche sich nicht nur in unzähligen Fällen gegenüber dem von ihr bedrohten Verbrechen ohnmächtig erweist und dadurch das Ansehen des Gesetzes schädigt, sondern sogar selbst zum Werkzeuge anderer Verbrechen, des Betruges[5]) und der Erpressung[6]), wird. „Ich meine“, sagt gelegentlich[7]) Hans Groß, „daß die Zeit nicht ferne ist, in der man die Abtreibung der Leibesfrucht nicht mehr bestrafen wird, und, wenn man wüßte, wo die Grenze zu stecken sei, d. h. bis zu welcher Zeit, von der Empfängnis an gerechnet, die Straflosigkeit bewilligt sein sollte, so wäre diese Auffassung noch viel näher.“

2. Strafwürdige Handlung. Der Schutz eines Rechtsgutes kann sich nun richten entweder nur gegen seine Verletzung oder auch gegen seine, sei es konkrete, sei es abstrakte Gefährdung.

[1]) So Merkel, Lehrbuch S. 309 und neuestens Schneickert, Arch. Krim. Anthr. XVIII, 121—123. Auch England, Belgien 1867 Art. 348—353 und Ecuador 1873 Art. 369—374 betrachten die Abtreibung als Verbrechen gegen Familienordnung und öffentliche Sittlichkeit. Dagegen gut Schultzenstein, Das Abtreibungsverbrechen in Frankreich Z. Vergl. R. XVII, 406—411.

[2]) So auch Schultzenstein Z. Vergl. R. XVII, 411—417.

[3]) Die Selbstunfruchtbarmachung bedrohen PGO. art. 133, ALR. § 991 II 20, C. P. Art. 316.

[4]) Das Herstellen, Anzeigen, Ausstellen, Feilhalten, Hergeben von Empfängnisverhütungsmitteln bedroht der nordamerikanische Entw. sec. 372 und 428. Ob die Ausstellung, Ankündigung, Anpreisung von Empfängnisverhütungsmitteln unter § 184 Nr. 3 unseres StrGB. fällt, ist streitig.

[5]) Vergl. Straßmann, Bericht der 3. Hauptversammlg. des deutschen Medizinalbeamtenvereins S. 35.

[6]) Vergl. Lewin-Brenning, Fruchtabtreibung, 1899 S. 21.

[7]) Arch. Krim. Anthr. XII, 345.

Es herrscht nun Uneinigkeit darüber, ob der dem Leben der Leibesfrucht durch die §§ 218—220 unseres StrGB. gewährte Rechtsschutz sich lediglich gegen seine Verletzung oder auch gegen seine Gefährdung wende. Während die herrschende Meinung in den beiden vom Gesetz im § 218 Abs. 1 unterschiedenen Arten der Abtreibung im weiteren Sinne: der Abtreibung im engeren Sinne und der Tötung im Mutterleibe, nur zwei verschiedene Begehungsformen der Tötung der Leibesfrucht erblickt, mithin die Abtreibung i. w. S. in ihrem ganzen Umfange als Verletzung ihres Lebens auffaßt — als Gefährdung nur, insofern auch ihr Versuch strafbar ist —: will eine nach dem Vorangange H. Meyers durch v. Wächter begründete Gegenansicht[1]) aus der Gegenüberstellung von Tötung schlechthin und Abtreibung i. e. S. in den §§ 218 Abs. 3, 219, 220 schließen, daß die Abtreibung i. e. S. nicht Tötung der Leibesfrucht durch Bewirkung ihres vorzeitigen Abgangs, sondern schlechthin Bewirkung ihres vorzeitigen Abgangs, gleichviel ob mit oder ohne für die Leibesfrucht tödlichem Erfolge, Bewirkung nicht lediglich einer Fehl-, sondern schon einer bloßen Frühgeburt, nicht Verletzungs-, sondern (abstraktes) Gefährdungsdelikt gegen das Leben einer Leibesfrucht sei. Während nun bei der Abtreibung nach der herrschenden Ansicht sowohl der Vorsatz auf die Tötung der Leibesfrucht gerichtet sein muß als auch zur Vollendung der Eintritt ihres Todes erforderlich ist, nach der Gegenansicht aber sowohl der Vorsatz nur auf vorzeitigen Abgang der Leibesfrucht zu gehen braucht, als auch die Vollendung schon mit deren Erzielung eintritt: fordert eine Mittelmeinung[2]) zwar, daß der Vorsatz die Tötung der Leibesfrucht zum Inhalt habe, läßt aber zur Vollendung ihren vorzeitigen Abgang genügen. Auch nach dieser Ansicht wird aber die Abtreibung kein Gefährdungsverbrechen, sondern (mit Binding[3])) ein koupiertes Verletzungsverbrechen sein.

Die gleiche Streitfrage besteht auch für die meisten ehemaligen deutschen Partikulargesetzbücher. Unbestritten ist nur, daß die Abtreibung einerseits von Braunschweig als Tötung, andererseits von Hannover als bloße Gefährdung der Leibesfrucht aufgefaßt wird.[4])

Von den ausländischen Gesetzbüchern bedrohen Norwegen, Rußland, Schweiz[5]) ausdrücklich nur die Tötung der Leibesfrucht. Österreich 1891

---

[1]) Für das gemeine Recht wurde diese Ansicht bereits von Heffter, Martin und Mittermaier in ihren Lehrbüchern vertreten, für das geltende Recht wird sie außer durch v. Wächter GS. XXIX, 1—13 durch v. Liszt, Merkel, H. Meyer in ihren Lehrbüchern gebilligt, bekämpft dagegen insbesondere von Binding, Normen II, 513—517, Hälschner GS. XXXII, 583—593, Sontag KVS. XIX, 30—32 und in den der Abtreibung gewidmeten Dissertationen von Horch 1878 S. 59—63, Hrehorowicz 1876 S. 87, Jungmann 1893 S. 18—20. Auch das Reichsgericht vertritt die herrschende Meinung: E IV, 380.

[2]) Rubo Anm. 2 zu § 218.

[3]) Strafrecht, besonderer Teil 2. A. S. 62.

[4]) Vergl. v. Wächter GS. XXIX, 3—7 einer-, Hälschner GS. XXXII, 584—592 andererseits.

[5]) Wie wir den Entwurf kurz bezeichnen wollen.

bringt die gleiche Absicht dadurch zum Ausdruck, daß es in ersichtlich bewußtem Gegensatze zum deutschen StrGB. die Abtreibung i. e. S. nie der Tötung schlechthin, sondern immer nur der Tötung im Mutterleibe gegenübergestellt. In Frankreich und Italien[1]) wird zwar die Frage erörtert, ob die Vollendung der Abtreibung den Tod oder lediglich den vorzeitigen Abgang der Frucht erfordere, aber, wie es scheint, nicht in Frage gezogen, daß der Vorsatz auf den Tod gerichtet sein müsse[2]), also die Auffassung der Abtreibung als koupierten Verletzungsdelikts, nicht als Gefährdungsdelikts, in Erwägung gezogen.[3]) Auch die von England und Nordamerika zur Abtreibung geforderte Absicht der Herbeiführung einer Fehlgeburt (miscarriage) dürfte man im Einklang mit der englisch-amerikanischen Theorie unbedenklich als auf eine Totgeburt gerichtete Absicht deuten, wenn nicht der letztgenannte Entwurf dadurch, daß er in sec. 277 die zur Rettung des Lebens des Kindes notwendige Herbeiführung einer Fehlgeburt ausdrücklich von der Strafbarkeit ausnehmen zu müssen meint, zu erkennen gäbe, daß eine auf eine Fehlgeburt gerichtete Absicht auch ohne die Absicht der Tötung des Kindes denkbar und, wenn nicht geradezu in der Absicht der Rettung des Kindes unternommen, auch strafbar sei. In Österreich 1852 aber wird bewußt die Abtreibung i. e. S., welche dort der Bewirkung einer Fehlgeburt gegenübersteht, von einer Minorität als Verursachung nicht einer Tot-, sondern lediglich einer Frühgeburt interpretiert, und auch das niederländische StrGB., das die Verursachung der Abtreibung oder des Todes einer Frucht bedroht, verlangt die gleiche Auslegung.[4])

Wenn in einem neuen StrGB. die Strafbarkeit der Gefährdung der Frucht durch Abtreibung überhaupt beibehalten werden soll, so wird sie doch jedenfalls nicht in den gleichen Strafrahmen gestellt werden dürfen, wie die Tötung der Frucht, und es wird deshalb die für das geltende Strafrecht bestehende Streitfrage in einem neuen StrGB. dadurch entschieden werden müssen, daß nicht mehr in doppeldeutiger Weise nebeneinander die Tötung im Mutterleibe und die Abtreibung, sondern eindeutig die Tötung im Mutterleibe oder durch Abtreibung für strafbar erklärt wird.[5]) Ob daneben jener Gefährdung der Leibesfrucht eine selbständige Strafdrohung gewidmet werden soll, wird später erörtert werden.

3. Strafbare Handlung. Nicht immer deckt sich der Tatbestand, wie ihn der Gesetzgeber für strafbar erklärt, das Verbrechen, mit dem Tatbestande, wie es dem Gesetzgeber als strafwürdig vorschwebte, dem Delikt, da er sich bei der Ausgestaltung des Verbrechenstatbestandes außer durch

---

[1]) Vgl. Albini, L'Aborto Criminoso 1898 S. 31—34. Tuozzi II, 2 (1891), 473—476.

[2]) Tuozzi 478: „fine di distruggere il feto", Garraud IV (2. A. 1900), 715—716: „féticide".

[3]) Anderer Meinung für Frankreich Schultzenstein Z. Vergl. R. XVII, 399 bis 403.

[4]) Vergl. Noyon, Wetboek van Strafrecht III (1905), 99.

[5]) Nach dem Vorschlage Sontags KVS XIX, 32 und dem Vorgange des braunschweigischen StrGB.

den Gesichtspunkt der Strafwürdigkeit auch durch denjenigen der Beweisbarkeit leiten lassen muß.[1]) So sind, um den schwierigen Beweis der Ursächlichkeit des angewandten Abtreibungsmittels für den eingetretenen Tod der Leibesfrucht unnötig zu machen, zweierlei Maßnahmen getroffen worden.

Mehrere ehemalige deutsche Partikulargesetzbücher (Bayern, Oldenburg, Württemberg, Hannover, Baden) sowie noch das heutige griechische StrGB. 1834 Art. 303 stellen eine (in Württemberg widerlegliche) Vermutung jenes Kausalzusammenhanges auf.

Ein moderneres Mittel zu gleichem Zwecke ist die „Zurückschiebung der Verbrechensvollendung in das Stadium des erst versuchten Delikts". So ist in England das Abtreibungsverbrechen bereits mit der in Abtreibungsabsicht vorgenommenen Anwendung des Abtreibungsmittels vollendet, und die gleiche Regelung unter hinzukommender Qualifizierung des Falls der wirklich gelungenen Abtreibung ist auch für Deutschland gewünscht worden.[2]) Gewonnen wäre damit aber nur, daß der Tatbestand, wegen dessen in der Mehrzahl der Fälle verurteilt wird, auch im Gesetze als der Regelfall, nicht als ein erst durch Zusammenhaltung der Versuchsbestimmung mit der Abtreibungsbestimmung abgeleiteter Ausnahmefall erschiene. Dagegen ist die Prüfung des Kausalzusammenhanges, da es doch völlig gleichgültig sein muß, ob von seiner Bejahung die Bestrafung wegen Vollendung statt wegen bloßen Versuchs oder ob von ihr die Bestrafung wegen eines qualifizierten statt wegen des einfachen Falls oder endlich ob von ihr auch nur die Bestrafung mit einer höheren statt mit einer geringeren Strafe innerhalb des gleichen Strafrahmens abhängt, hier nicht weniger notwendig als bei der normalen Formulierung.

Dieselbe Stempelung des versuchten Delikts zum vollendeten Verbrechen oder auch die Stempelung der Teilnahme am Delikt zur Täterschaft des Verbrechens dient aber auch dem Zwecke, für qualifizierte Verbrechensfälle ein von dem normalen abweichendes Verhältnis der Versuchs- zur Vollendungsstrafe, der Teilnehmer- zur Täterstrafe zu erzielen. So erscheint in Bayern 1861 im Falle der gewerbsmäßigen Abtreibung, in andern deutschen Partikularstrafgesetzbüchern (Bayern 1813, Oldenburg, Württemberg, Hessen, Baden, Nassau) sowie in Italien im Falle der ohne den Willen der Schwangeren vorgenommenen Abtreibung die Anwendung des Abtreibungsmittels, im schweizerischen Entwurf jede „Abtreibungshandlung" eines Dritten als vollendetes Verbrechen. So wurde im preußischen StrGB. von 1851 das Verabreichen und wird noch im heutigen RStrGB. im Falle der Lohnabtreibung das Verschaffen des Abtreibungsmittels zur Täterschaft erhoben. Solche Maßnahmen sind aber einerseits überflüssig: denn es ist nicht notwendig,

[1]) Zum folgenden vergl. Bindings Ausführungen über die Architektur der Verbrecheustatbestände, Strafrecht besonderer Teil I 2. A. S. 8—19.

[2]) Vergl. Holtzendorff, Handbuch III, 459; Straßmann, 3. deutsche Medizinalbeamtenversammlung S. 33, 34. Ähnliche Bestimmungen haben Schweden 1864 Kap. 14 §§ 26—28 und einige südamerikanische Staaten (Bolivia 1834 Art. 516, 517, Brasilien 1830 Art. 300—302, Kolumbien 1890 Art. 638—642).

den Versuch oder die Beihilfe erst zur Vollendung oder zur Täterschaft umzustempeln, um sie mit einer von der regelmäßigen Versuchs- oder Beihilfestrafe abweichenden Strafe bedrohen zu können. Sie sind aber auch gefährlich: denn es gelten für den Deliktsversuch, auch wenn er als vollendetes Verbrechen erscheint, und für die Deliktsbeihilfe, auch wenn sie als Verbrechenstäterschaft erscheint, vielfach die für den Versuch und die Beihilfe geltenden Regeln, und da es nicht immer leicht zu ermitteln ist, in welchen Fällen einem vollendeten Verbrechen nur ein versuchtes Delikt, der Täterschaft eines Verbrechens nur Teilnahme an einem Delikt entspricht, entsteht mit der Aufnahme jener „verkümmerten oder verunreinigten Abformen" des Verbrechenstatbestandes die Gefahr, daß jene für den Versuch und die Beihilfe geltenden Regeln auf ein vollendetes Verbrechen oder die Täterschaft eines Verbrechens einmal fälschlich angewendet oder nicht angewendet werden.

4. Subjekt. Subjekt der Abtreibung in allen ihren Arten kann jedermann sein. Die Worte „eine Schwangere" zu Anfang des § 218 Abs. 1 wollen nicht besagen, daß von einer nicht schwangeren Frau die Abtreibung nicht nur nicht vollendet, sondern nicht einmal strafbar versucht werden könne, wie etwa ein Amtsverbrechen von einem Nichtbeamten nicht einmal versucht werden kann. Vielmehr zeigt der Umstand, daß die Abtreibung auch von Dritten begangen werden kann, deutlich, daß die Schwangerschaft des Täters nicht Voraussetzung der Bestrafung ist. Die Frage, ob auch die nur vermutlich Schwangere sich der Abtreibung nach § 218 Abs. 1 schuldig machen kann, ist nicht eine Frage danach, ob sie taugliches Subjekt, sondern ob sie taugliches Objekt der Abtreibung oder ob auch der Versuch am untauglichen Objekt strafbar ist.[1] Die Worte „eine Schwangere" zu Anfang des § 218 Abs. 1 würden also an sich nicht verhindern, daß jener Mann, dem nach der Erzählung des Boccaccio lustige Gesellen die Überzeugung von seiner Schwangerschaft beibringen und sodann zur Abtreibung behilflich sind, der Strafe des § 218 Abs. 1 verfalle.

Diese Feststellungen dürften auch über das Bereich des geltenden deutschen Rechts hinaus zutreffen.

5. Objekt. Objekt der Abtreibung ist

a) eine menschliche Leibesfrucht. Das Dasein eines solchen beginnt mit der Vereinigung von Ei und Samen. Es endet, da § 217 StrGB. eine Kindestötung bereits in der Geburt kennt, und die Eigenschaft als „Frucht" mit derjenigen als „Kind" unverträglich ist, schon vor der Vollendung der Geburt[2]), und zwar nach einer Ansicht mit dem Beginnen der Wehen, nach einer andern mit dem Austritt irgend eines Körperteiles aus dem

[1]) Vergl. RG. E VIII, 198.

[2]) De lege ferenda dagegen Berner, Lehrbuch 18. A. S. 521 Anm. 1: „Die durch die Kindestötung verleugnete Mutterliebe kann für eine Leibesfrucht während des Geburtsaktes noch nicht so vorhanden sein, wie für ein geborenes Kind; das Verhältnis der Mutter zur Leibesfrucht ist also doch noch fast ganz so, wie bei der Abtreibung."

Mutterleibe, nach einer dritten mit dem Beginne der Lungenatmung — eine Meinungsverschiedenheit, die auch im Auslande eine legislative Erledigung nicht gefunden hat. Von diesem Zeitpunkte ab also ist das menschliche Lebewesen nicht mehr „Frucht", sondern „Kind", mögliches Objekt nicht mehr der Abtreibung, sondern der Tötung i. e. S. Doch wird von den Vertretern der Auffassung auch der Abtreibung i. e. S. als Verletzungsdelikts eine Ausnahme gemacht. Da nach ihrer Ansicht das Gesetz (§ 218 Abs. 1) die (Tötung durch) Abtreibung zu der Tötung im Mutterleibe in Gegensatz steht, kann erstere nur als Herbeiführung des Todes außerhalb des Mutterleibes verstanden werden. Da aber das menschliche Lebewesen außerhalb des Mutterleibes (auch bei völliger Unreife?) nicht mehr „Frucht", sondern schon „Kind" ist, ist der vom Gesetze aufgestellte Tatbestand der Tötung einer Frucht durch Abtreibung undenkbar. Theorie und Praxis nehmen deshalb fast einstimmig an, daß das Gesetz hier die Tötung des Kindes durch Herbeiführung vorzeitiger Geburt meint, also ausnahmsweise die Tötung als Abtreibung behandelt wissen wolle.[1]) Einige deutsche Partikularstrafgesetzbücher (Hessen, Baden, Nassau) heben diesen Fall — daß „das Kind infolge der angewendeten Mittel nach der Geburt stirbt" — neben der Abtreibung i. e. S. und der Tötung im Mutterleibe ausdrücklich als dritten Fall der Abtreibung i. w. S. hervor, während die nordamerikanische Rechtsprechung hier nicht Abtreibung, sondern Tötung annimmt.[2])

b) Eine lebende menschliche Leibesfrucht müssen als Objekt der Abtreibung notwendig alle diejenigen fordern, die in ihr Verletzung des Lebens der Leibesfrucht sehen, während diejenigen, die in ihr abstrakte Gefährdung einer Leibesfrucht sehen, dazu nicht gezwungen sind.[3]) Die alte Anschauung, daß die Leibesfrucht nicht schon mit ihrer Entstehung, sondern erst in einem späteren Zeitpunkte ihrer Entwicklung, zur Zeit der sogenannten ersten Kindesbewegungen (after quickening) das Leben empfange, ist auch in England (wohl schon i. J. 1837 durch 1 Vict. c. 85?) vom Gesetzgeber aufgegeben. In Amerika ist sie, obgleich sie Wharton[4]) schon 1855 ausführlich widerlegte, für das common law noch nicht völlig verschwunden, aber in den meisten Staaten durch statute law beseitigt. New-York 1881/1903 bedroht aber noch in getrennten Bestimmungen (§§ 190, 191 und [?] 194 einer-, §§ 294, 295 andererseits) die Tötung

[1]) Vergl. Horch S. 45—46; Jungmann S. 31, RG. E IV, 381. Dagegen Hrehorowicz S. 42, 43, der Abtreibungsversuch in Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung annimmt. Die wichtige Konsequenz der herrschenden Anschauung ist, daß, da nach dem ganzen Zusammenhang des Gesetzes eine Idealkonkurrenz von Abtreibung und Tötung desselben Objekts undenkbar ist, da ferner nach dem im Texte Ausgeführten die Tötung eines Kindes durch Herbeiführung vorzeitiger Geburt Abtreibung ist, also als Tötung nicht angesehen werden kann, da endlich die fahrlässige Abtreibung straflos ist: die fahrlässige Tötung eines Kindes durch Herbeiführung seiner vorzeitigen Geburt weder als Tötung noch als Abtreibung strafbar ist.

[2]) Vergl. z. B. Wharton I, 425—426.

[3]) So fordert v. Wächter GS. XXIX, 8 keine lebende Frucht.

[4]) Law of Homicide 1. A. S. 339—343.

der lebendigen Frucht (quick child) und anderer Früchte, erstere als manslaughter, letztere milder, und der nordamerikanische Entwurf hat nur die erstgenannten Bestimmungen übernommen.

c) Eine nicht nur lebende, sondern auch lebensfähige Frucht wird vereinzelt von solchen gefordert, die die Abtreibung als gegen das künftige extrauterinale Leben der Leibesfrucht gerichtet ansehen. Teils aus diesem Grunde, teils mit der Begründung, daß sie überhaupt keine Frucht sei, wird die Mole für ein untaugliches Objekt der Abtreibung erklärt — Zweifel, welche auch andere Gesetzgebungen nicht geschlichtet haben.

6. Mittel. Die Abtreibung ist weder bei uns noch anderswo ein Verbrechen mit gesetzlich geschlossenen Mitteln. Sie kann sowohl durch Tun als durch rechtswidriges Unterlassen begangen werden, das Tun wiederum beliebige Formen annehmen als „Anwendung" äußerlicher, mechanischer „Beibringung" innerlicher, dynamischer Mittel[1]), endlich auch als Einwirkung durch psychische Mittel.[2]) Gestritten wird darüber, ob die Abtreibung durch Selbstmordversuch einer Schwangern und durch Tötung einer Schwangern durch einen Dritten begangen werden kann.

Wo, wie in Frankreich, England, Nordamerika, Norwegen, einzelne bestimmte Abtreibungsmittel namhaft gemacht werden, geschieht dies nicht, um die Strafbarkeit auf den Fall ihrer Anwendung zu beschränken, sondern lediglich exemplifizierend im Interesse konkreterer und damit leichter verständlicher Ausdrucksweise.

7. Arten. Zu dem gleichen Zwecke wird häufig statt des Gattungsbegriffs „Tötung der Leibesfrucht", wie er in Norwegen, Rußland, Schweiz erscheint, eine der Absicht nach vollständige Aufzählung von Arten desselben gegeben. Es erscheinen als solche Arten erstens die Tötung im Mutterleibe, zweitens die (Tötung durch) Verursachung einer Frühgeburt (Abtreibung), drittens und viertens die Verursachung des Todes der Frucht, wenn sie weder durch Verursachung einer Frühgeburt noch im Mutterleibe erfolgt, sondern trotz rechtzeitiger Geburt entweder in (3) oder nach (4) derselben. In keinem Gesetzbuche finden wir nun aber diese vier möglichen Arten der Tötung der Leibesfrucht sämtlich aufgezählt. Frankreich, England, Italien, Nordamerika machen (mit den Worten procurer l'avortement, to

[1]) Hälschner, Handbuch S. 70, 71 u. GS. XXXII, 604—606 hält die Beibringung eines innerlichen Mittels durch einen Dritten bei der einwilligenden Schwangeren für tatsächlich unmöglich, da sie ein bloß duldendes Verhalten der Schwangeren voraussetze, ein solches aber beim Einnehmen innerer Mittel undenkbar sei, und ihre Erwähnung in den §§ 218 Abs. 3, 219 deshalb für überflüssig und, weil sie dazu verleite, die bloße Verabreichung des Mittels als Beibringung anzusehen, auch für gefährlich.

[2]) Auch die Verbrechen der §§ 218 Abs. 3, 219 dürften, obgleich hier nur von „Anwendung" und „Beibringung" von Mitteln die Rede ist, und von diesen Ausdrücken nach allgemeiner Ansicht jener auf mechanische, dieser auf dynamische Mittel geht, doch auch durch psychische Mittel begangen werden können, da „Anwendung" zwanglos auch auf solche bezogen werden kann. Freilich ist die tatsächliche Möglichkeit psychischer Abtreibungsmittel bei einer einwilligenden Schwangeren schwer vorstellbar.

procure the miscarriage, procurare l'aborto, produce oder procure the miscarriage) nur den zweiten, das Reichsstrafgesetzbuch und die meisten deutschen Partikularstrafgesetzbücher sowie Niederlande und Österreich 1891 nur den ersten und zweiten, Hessen, Baden und Nassau auch den vierten, Österreich 1852 den zweiten und dritten Fall namhaft.

Während dieser Unterscheidung von Arten der Abtreibung ein Einfluß auf die Strafbarkeit nicht zukommt, dienen deren andere dem Zwecke der Strafschärfung und Strafmilderung. Während England gar nicht weiter einteilt, Nordamerika ebenfalls nur einen Strafrahmen hat, das Verbrechen aber kasuistisch in mehreren Abschnitten behandelt, bringt es Italien auf 38 verschiedene Strafrahmen! Es wird vom Gesetzgeber zu erwägen sein, daß bei jeder Spezialisierung dem Gewinne an Rechtssicherheit ein Verlust an Gerechtigkeit gegenübersteht.

Das Reichsstrafgesetzbuch unterscheidet: Abtreibung I. durch die Schwangere 1. unter mildernden Umständen, 2. ohne solche, II. durch einen Dritten 1. mit Einwilligung der Schwangeren a) ohne Entgelt α) unter mildernden Umständen, β) ohne solche, b) gegen Entgelt, 2. ohne Wissen oder Willen der Schwangeren a) ohne, b) mit für diese tödlichem Ausgange.

Im ausländischen Strafrecht finden sich außer den in unserem Strafgesetzbuch verwendeten noch folgende Strafänderungsgründe:

a) Begehung durch den Vater: Österreich 1852, den Gatten: Italien.

b) Anwendung gefährlicherer als der vereinbarten Mittel: Italien.

c) Anwendung von Gewalt gegen die Schwangere: Spanien 1870 Art. 425 und einige daran anschließende süd- und mittelamerikanische Strafgesetzbücher — physische oder moralische Vergewaltigung der Schwangeren: Mexiko 1871 § 576.

d) Der Erfolg der Gefahr am Leben oder des Nachteils an der Gesundheit der Mutter (nicht lediglich ihres Todes): Österreich 1852.

e) Begehung zur Rettung der eigenen Ehre oder derjenigen der Gattin, Mutter, Deszendentin, Adoptivtochter, Schwester: Italien. — Begehung durch die Schwangere, um der Schande zu entgehen: Spanien 1870 Art. 425, Portugal 1886 Art. 385, San Marino 1865 Art. 433 und eine Anzahl mittel- und südamerikanischer Strafgesetzbücher. — Begehung durch die außerehelich Schwangere: Hessen, Nassau, vergl. auch Hannover; Ungarn 1878 § 285, Bulgarien 1896 § 259, Mexiko 1871 Art. 573. Die vorgeschlagene[1]) Einführung dieses Milderungsgrundes bei uns würde, falls die allgemeinen mildernden Umstände in ein neues StrGB. nicht übergehen, durch genügend weite Umgrenzung der Strafrahmen vermeidlich, aber unbedenklich sein. Der Vorschlag, die Abtreibung überhaupt straflos zu lassen, wenn die Schwangerschaft das Ergebnis eines Verbrechens gegen die geschlechtliche Freiheit der Schwangeren war[2]), dürfte dagegen, weil zu einer Vermehrung

[1]) Vergl. H. Meyer, Lehrb. 5. A. S. 480. Schneickert, Arch. Krim. Anthr. XVIII 132—139 fordert hier Straflosigkeit der Abtreibung bis zum 6. Schwangerschaftsmonat.

[2]) Hrehorowicz S. 10f., Schneickert a. a. O. 131, 132.

der ohnehin häufigen fingierten Unzuchtsbeschuldigungen beitragend, zu verwerfen sein.

f) Nicht unbedenklich ist auch die Qualifizierung der Medizinalpersonen [1]), die in verschiedenen Formulierungen [2]) in einigen deutschen Partikularstrafgesetzbüchern (Hessen, Nassau), in Frankreich, Niederlanden, Italien, Rußland, Schweiz, ferner in San Marino 1865 Art. 435, Belgien 1867 Art. 353, Spanien 1870 Art. 428, Portugal 1886 Art. 358, Japan (Entwurf) 1893 Art. 274, Bulgarien 1896 § 260, und zahlreichen süd- und mittelamerikanischen Strafgesetzbüchern, nicht aber in Dänemark, Finnland, Griechenland, England, Nordamerika 1901, Norwegen, Österreich, Ungarn, Schweden begegnet. Eine solche Qualifikation ist, soweit sie nur den approbierten Arzt, die geprüfte Hebamme, den konzessionierten Apotheker, nicht auch den Kurpfuscher und den Drogisten trifft, nicht zu rechtfertigen. Denn der Pflichtwidrigkeit, die in dem Mißbrauche der wissenschaftlichen oder technischen Fähigkeiten zu kriminellem Zwecke auf der einen Seite liegt, steht auf der andern Seite die Pflichtwidrigkeit gegenüber, die in der Vornahme der Abtreibung trotz Mangels der erforderlichen wissenschaftlichen Fähigkeiten liegt, und der größeren Gefährlichkeit abtreibender Medizinalpersonen, die darauf beruht, daß die Schwangere sich leichter entschließt, sich den geschickten Händen eines Arztes als den plumpen eines Kurpfuschers anzuvertrauen, der größeren Gefahr also, daß Abtreibungen stattfinden, steht auf der Seite der Kurpfuscher die größere Gefahr in der Art und Weise der Abtreibung gleichwertig gegenüber. Die Gefährlichkeit wie die Pflichtwidrigkeit der Abtreibung ist also für alle Personen, die ein Heilgewerbe betreiben, Ärzte wie Kurpfuscher, die gleiche. Sind nun nicht aber vielleicht beide Gruppen zusammengenommen einer strengeren Strafdrohung zu unterstellen? Wer den Gesichtspunkt der Pflichtwidrigkeit entscheiden läßt, wird für die Bejahung anführen, daß jene ihr Gewerbe mißbrauchen, die übrigen nicht. Wer aber den Gesichtspunkt der Gefährlichkeit den Ausschlag geben läßt, wird die größere Gefährlichheit abtreibender Heilgewerbetreibender nicht darin finden, daß sie ihr Gewerbe in den Dienst der Abtreibung stellen, sondern darin, daß sie meist zugleich aus der Abtreibung ein Gewerbe machen. Nicht der Betrieb eines Heilgewerbes, sondern der gewerbsmäßige Betrieb der Abtreibung bildet dann den Schärfungsgrund.

g) Der gegenüber dem preußischen StrGB. neue § 219 unseres StrGB., desgleichen Österreich 1891, Schweiz, bedroht nicht die gewerbsmäßige, sondern die Lohnabtreibung, nicht die gefährlichste Art der Abtreibung, sondern die Abtreibung aus einem verwerflichen Motiv unter anderen, die Abtreibung aus Gewinnsucht, wie Ungarn 1878 § 285 sagt. Sollte die

[1]) Gefordert von v. Holtzendorff, Handb. 461 Anm. 15; Horch S. 56.

[2]) Frankreich: Ärzte, Chirurgen, andere Gesundheitsbeamte (bestritten ob auch Hebammen). — Niederlande: Heilkundige, Hebammen, Apotheker. — Italien: Personen, die ein Heilgewerbe oder eine andere um der allgemeinen Gesundheit willen der Aufsicht unterworfene Profession oder Kunst ausüben. — Rußland: Arzt oder Hebamme. — Schweiz: Arzt, Apotheker oder Hebamme.

Gewerbsmäßigkeit in einem neuen StrGB. nicht als allgemeiner Strafschärfungsgrund erscheinen, so müßte der § 219 durch eine die gewerbsmäßige Abtreibung bedrohende Bestimmung ersetzt werden, wie sie mehrere der deutschen Partikularstrafgesetzbücher (Württemberg, Braunschweig, Hannover, Hessen, Baden, Nassau, Hamburg, Bayern 1861) bereits besaßen.

8. Rechtswidrigkeit. Die Rechtswidrigkeit wird bei der Abtreibung außer in den für alle Rechtsgüterverletzungen gemeinsamen Fällen als ausgeschlossen angesehen in dem a potiori sogenannten Falle der indizierten Perforation, dem Falle, in welchem die Tötung der Frucht[1]) zur Rettung der Schwangeren notwendig war. De lege ferenda wird hier der durch den höheren sozialen Wert der Mutter im Vergleiche mit der Frucht rechtspolitisch hinreichend gerechtfertigte Ausschluß der Rechtswidrigkeit nur von der katholischen Kirche nicht gebilligt[2]), de lege lata wird er bei uns von keiner Seite in Frage gezogen.[3]) Wie er freilich bei dem Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung im deutschen Strafrechte zu begründen sei, ist streitig[4]), und es ist deshalb, damit nicht etwa mangels Nachweises eines allgemein anerkannten Grundes schließlich einmal der Ausschluß der Rechtswidrigkeit selbst von der ihn de lege ferenda verwerfenden katholischen Wissenschaft auch de lege lata in Frage gestellt werde, eine deutliche Rechtmäßigerklärung wünschenswert.[5]) Sie könnte nun erfolgen entweder bei der etwaigen Regelung des ärztlichen Operationsrechts oder in einer Spezialbestimmung oder endlich durch die etwaige Erweiterung der Notstandsbestimmung.

Die einzige gesetzliche Bestimmung über das ärztliche Operationsrecht, im Neuseeländer Gesetzbuch von 1893 § 69[6]) schützt gegen strafrechtliche Verfolgung nur denjenigen, „welcher zum Nutzen eines anderen an demselben mit der erforderlichen Sorgfalt und dem nötigen Geschick eine nach Lage der Sache und dem Zustand des Patienten vernünftige Operation aus-

---

[1]) Für diejenigen, welche die Abtreibung als Gefährdungsdelikt auffassen, fällt hierher nicht nur die zur Rettung der Mutter vorgenommene Tötung der Frucht, sondern jede zu diesem Zwecke bewirkte Beschleunigung der Geburt.

[2]) Vergl. Bergervoort, Direkter Abortus und Kraniotomie und deren Erlaubtheit, 1896. Ferner: The Right to Life of the unborn Child. A Controversy between Treub, van Oppenraay, Vlaming (aus dem Holländischen von van der Donckt) New York (1903).

[3]) Dagegen in den Niederlanden durch Vlaming S. 37—44.

[4]) Vergl. Heimberger, Perforation. Münchener Diss. 1889.

[5]) Vergl. von juristischer Seite v. Bar GS. LX, 111 Anm. 2; Heimberger, 3. deutsche Medizinalbeamtenversammlung S. 92; Horch S. 62; Hrehorowicz S. 84, 85; Stooß, Schw. Z. VI, 55; von medizinischer Seite die Beschlüsse der Ärztekammer für die Provinz Brandenburg und den Stadtkreis Berlin bei Alexander, Beitrag zur Revision des StrGB. in Beziehung auf die Ausübung der Heilkunde, 1905; Dührssen, Deutsche med. Wochenschr. Vb. 1902 S. 34 und an dem bei Alexander S. 26 zitierten Orte; Koßmann, Deutsche med. Wochenschr. Vb. 1902 S. 33, 58 und an dem bei Kuttner S. 12 zitierten Orte; Kuttner, Berliner klinische Wochenschr. 1905 Nr. 29 u. 30. Für nicht notwendig hält eine ausdrückliche Bestimmung Straßmann, 3. deutsche Medizinalbeamtenversammlung S. 31—33.

[6]) Vergl. Stooß, Chirurgische Operation, 1898 S. 106.

führt, läßt also die ja an einem anderen als dem zu heilenden Individuum — an der Frucht zu Gunsten der Mutter — vorgenommene Perforation ungeregelt, man müßte denn aus der Auffassung der Frucht als einer bloßen pars ventris mulieris heraus die Schwangere als alleiniges Objekt der Perforation ansehen.[1]) Und es läßt sich nachweisen, daß die an einem anderen als dem zu heilenden Individuum vorgenommene Operation niemals mit der an dem zu heilenden Individuum vorgenommenen Operation in einer und derselben Bestimmung geregelt, an die gleichen Voraussetzungen geknüpft werden kann. Das Recht zur Operation der zu heilenden Person kann nur geknüpft werden an die Notwendigkeit dieser Operation zur Heilung, an die Einwilligung des zu Operierenden oder, in irgendwelcher Verbindung, an beide zusammen.[2]) Die Notwendigkeit zur Heilung kann nur allenfalls die Verletzung des zu heilenden, niemals aber eines anderen Individuums rechtfertigen, wenn nicht andere Gründe, wie in unserem Falle die Fruchteigenschaft und damit die soziale Minderwertigkeit des verletzten Individuums, hinzukommen, deren es hinwiederum für die Operation der zu heilenden Person nicht bedarf. Die Einwilligung der Verletzten andererseits kann bestenfalls als Voraussetzung der Verletzung eines Menschen zu Heilzwecken, sei es nun des zu Heilenden selbst, sei es eines anderen erforderlich und genügend sein, nimmermehr aber als Voraussetzung der zur Rettung der Mutter vorzunehmenden Perforation der Frucht gefordert werden, weil wegen ihrer sozialen Minderwertigkeit von ihrer zudem nur durch einen Vertreter zu beschaffenden Einwilligung Leben oder Tod der sozial wertvolleren Schwangeren nicht abhängig gemacht werden kann. Im ersteren Falle würde also zur Vornahme einer Operation an einem anderen als dem zu heilenden Individuum zu wenig, im zweiten Falle wenigstens für den Spezialfall der Perforation zu viel gefordert werden. Die Rechtmäßigkeit sämtlicher ärztlichen Eingriffe läßt sich also nicht in einer einheitlichen Bestimmung aussprechen, und die meisten Gesetzesvorschläge über das Operationsrecht treffen auch in der Tat die Perforation nicht.

Es scheint somit die Rechtmäßigkeit der Perforation in einer Spezialbestimmung ausgesprochen werden zu müssen. Solche Bestimmungen finden sich in den deutschen Partikulargesetzbüchern nicht, wohl aber mehrfach im ausländischen Strafrecht. Auch sind Vorschläge solcher Bestimmungen von der Ärztekammer für Brandenburg und Berlin und von Dührssen vorgelegt worden.[3]) Alle diese Bestimmungen und Vorschläge weichen jedoch

[1]) So v. Lilienthal, Pflichtmäßige ärztliche Handlung (Festschrift für Bekker), 1899.

[2]) An die „ärztliche Regel“ kann dagegen das Operationsrecht deshalb nicht geknüpft werden, weil die medizinische Wissenschaft nur von der Zweckmäßigkeit von Mitteln zu einem gegebenen Zweck, nicht von der Richtigkeit dieses Zwecks und jener Mittel handelt. Über sie kann nicht eine ärztliche, sondern nur eine Rechtsregel Auskunft geben.

[3]) Vergl. Alexander, Beitrag zur Revision des deutschen StrGB. in Bez. auf die Ausübung der Heilkunde, 1905 S. III und 26. Der Vorschlag der Ärztekammer ist nur ein eventueller; über den prinzipalen s. unten!

stark voneinander ab. Zunächst hinsichtlich des Zwecks, um dessen willen die Tötung der Frucht zugelassen wird: Rettung der Mutter oder ihres Lebens (Waadt 1843 Art. 228, Tessin 1873 Art. 326 § 2, Freiburg 1873 Art. 138, Neuenburg 1891 Art. 312, ferner Mexiko 1871 Art. 570), Vermeidung eines größeren Übels, also nicht nur des Todes sondern auch dauernden Siechtums der Mutter (Genf 1874 Art. 272), Abwendung von oder Rettung aus Gefahr für Leben und Gesundheit, Leib und Leben der Schwangeren (Ärztekammer, Dührssen). New-York 1881 §§ 191, 194, 295 und Nordamerika 1901 gestatten die sonst verbotene Handlung dem Dritten nur zwecks Rettung des Lebens der Mutter, der Mutter selbst aber außerdem auch zwecks Rettung des Lebens des Kindes und Kolumbien 1890 Art. 640 Abs. 2 verheißt jedermann Straflosigkeit nicht nur, wenn die Abtreibung notwendig war, um die Schwangere zu retten, sondern auch, wenn die künstliche Frühgeburt nach richtigen Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft unerläßlich war[1]) — Ausnahmebestimmungen, die nur unter der Voraussetzung verständlich sind, daß auch die ohne die Absicht der Tötung der Frucht herbeigeführte Frühgeburt in der Regel strafbar ist. Die einschlägigen Bestimmungen und Vorschläge weichen ferner ab hinsichtlich des für die Zulassung der Perforation erforderlichen Verhältnisses dieses Mittels zu dem soeben festgestellten Zwecke. Während Waadt, Tessin, Freiburg, Genf, ferner Mexiko, New-York, Kolumbien, Nordamerika fordern, daß die Perforation notwendig, daß sie also das einzige Mittel sei, fordern Neuenburg, die Ärztekammer und Dührssen lediglich, daß sie zum Zwecke der Rettung der Schwangeren vorgenommen sei, begnügen sich also damit, wenn sie nur ein Mittel neben anderen möglichen Mitteln zu diesem Zwecke ist. Weiter weichen die vorliegenden Bestimmungen und Vorschläge auch hinsichtlich der Personen, denen die Perforation gestattet wird, voneinander ab: jedermann (New-York, Kolumbien, Nordamerika), nur Ärzten, Hebammen, Apothekern (Waadt, Tessin, Freiburg, Genf), nur Ärzten (Neuenburg, Mexiko, Ärztekammer, Dührssen[2]), und zwar nur nach Einholung des Gutachtens eines zweiten Arztes (Mexiko, Dührssen).[3]) Von der Einwilligung der Schwangeren endlich macht nur Dührssen den Ausschluß der Bestrafung wegen Abtreibung abhängig. Nach den übrigen Bestimmungen und Vorschlägen ist die zur Rettung der Mutter, wenn auch ohne ihre Einwilligung vorgenommene Perforation der Frucht jedenfalls als Abtreibung nicht strafbar. Inwieweit sie als an der Mutter begangene

[1]) Kolumbien Art. 640 Abs. 3 trägt der Anschauung der katholischen Kirche folgendermaßen Rechnung: „Man darf deswegen jedoch nicht glauben, das Gesetz befehle die Anwendung solcher Mittel, welche die Kirche im allgemeinen verdammt. Es beschränkt sich einzig und allein darauf, denjenigen für straflos zu erklären, der in ehrlicher und lauterer Absicht sich berechtigt fühlt, zu besagten Mitteln seine Zuflucht zu nehmen".

[2]) Diese Regelung wünschen ferner Hrehorowicz S. 34, Schneickert, Arch. Krim. Anthr. XVIII, 130.

[3]) Entscheidung eines Ärztekollegiums oder eines ärztlichen Beamten fordern Rotering GA. XXX 187, Lindenberg, DJZ. IX 425.

Körperverletzung strafbar bleibt, hängt davon ab, inwieweit das Recht zur Operation der zu heilenden Person von ihrer Einwilligung abhängig gemacht wird.[1])

Die durch die angeführten, so sehr von einander abweichenden Bestimmungen und Vorschläge geweckten Zweifel über die Art der Behandlung der Perforation heben sich nun, sobald man erkennt, daß sie nicht ein alleinstehender Fall des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit sei, sondern sich einem allgemeineren die Rechtswidrigkeit ausschließenden Tatbestande als Spezialfall einfügt, nicht zwar, wie wir sahen, dem Tatbestande des ärztlichen Operationsrechts, wohl aber demjenigen des Notstandes.[2]) Italien, Norwegen, Rußland, Schweiz besitzen bereits Notstandsbestimmungen, die auch den Fall der indizierten Perforation decken.[3]) Die Notstandsbestimmung unseres StrGB. (§ 54) bedarf dagegen, um auch die indizierte Perforation zu regeln fähig zu werden, mannigfacher Umgestaltungen, die jedoch sämtlich, auch wenn man nicht speziell den Fall der indizierten Perforation ins Auge faßt, erforderlich sind und gefordert werden. Unser StrGB. entschuldigt nur die Notstandsverletzung anderer als sächlicher Rechtsgüter, nicht rechtfertigt es sie, sodaß Notwehr dagegen zulässig bleibt. Das wird geändert werden müssen. Als nicht unentschuldbar, sondern rechtmäßig wird ein neues StrGB. sie aber nur ansprechen dürfen, wenn ihr Tatbestand im Gegensatz zum geltenden StrGB. beschränkt wird auf den Fall der Minderwertigkeit des verletzten im Vergleich mit dem geretteten Rechtsgut.[4]) Mit dieser Beschränkung der Voraussetzungen der Notstandsverletzung

---

[1]) Wird sie unbedingt von der Einwilligung des Patienten abhängig gemacht, so muß der Arzt untätig Mutter und Kind sterben lassen, wenn der Kaiserschnitt vermutlich das Leben der Mutter kosten würde, und die Mutter sich weigert, durch Unterwerfung unter den Kaiserschnitt sich für ihr Kind, ebenso aber, durch Unterwerfung unter die Perforation der Frucht ihr Kind für sich aufzuopfern; und ebenso wenn der Kaiserschnitt vermutlich der Mutter das Leben nicht kosten wird, die Perforation also zur Rettung der Mutter nicht notwendig und also nach der Mehrzahl der betrachteten Bestimmungen nicht zulässig ist, der Kaiserschnitt aber von der Mutter nicht gestattet wird. Während im ersten Falle die Mutter nur über ein Leben verfügt, dem das Gesetz, weil es nur auf Kosten ihres wertvolleren Lebens zu retten ist, den Rechtsschutz ihr gegenüber entzogen hat, verfügt sie im zweiten Falle über ein Leben, dem das Gesetz den Rechtsschutz ihr gegenüber noch nicht entzogen hat, und es wäre zu erwägen, ob ihr diese Möglichkeit nicht durch einen Verzicht des Gesetzgebers auf die Notwendigkeit der Einwilligung der Schwangeren zu einem nicht lebensgefährlichen Kaiserschnitt zu verschließen sei.

[2]) So schon de lege lata Binding, Strafrecht bes. Teil 2. A. I, 38., de lege ferenda H. Meyer, Lehrb. 5. A. S. 271 und neuestens Landrichter Teichmann, M. Schr. Krim. Psych. II, 265. Auch der prinzipale Vorschlag der Ärztekammer für Brandenburg und Berlin (vergl. Alexander, Beitrag zur Revision des deutschen StrGB., 1905 S. III) erstrebt die Straflosigkeit der indizierten Perforation durch eine Erweiterung der Notstandsbestimmung in einem § 54 a.

[3]) Italien Art. 49 Nr. 3, Norwegen § 47, Rußland § 46, Schweiz Art. 25.

[4]) Der Vorschlag der Ärztekammer für Brandenburg und Berlin fordert nicht Proportionalität zwischen dem verletzten und dem geretteten Rechtsgut, sodaß auch die Aufopferung der Mutter zu Gunsten des Kindes straflos bliebe! Ihr Vorschlag kann deshalb auch nur als eine Entschuldbar-, nicht als eine Rechtmäßigerklärung der ärztlichen Nothilfe angesehen werden.

wird aber die heutige Beschränkung der möglichen Subjekte der Notstandsverletzung auf den Gefährdeten und seine Angehörigen fallen: die Verletzung eines wertvolleren zu Gunsten eines minderwertigen Rechtsguts kann nur dem Selbsterhaltungstrieb und der Verwandtenliebe verziehen werden; die Verletzung des minderwertigen zu Gunsten des wertvolleren Rechtsguts nicht jedermann zu gestatten, liegt kein Grund vor.[1] Nach Durchführung der drei Gedanken der Rechtmäßigkeit der Notstandsverletzung, der Proportionalität zwischen verletztem und gerettetem Rechtsgut, des allgemeinen Nothilferechts, würde der § 54 unseres StrGB., der dann etwa dahin lautet, „rechtmäßig sei eine Handlung, durch welche in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben ein Rechtsgut von geringerem Werte verletzt werde", auch die Rechtmäßigkeit der indizierten Perforation unbedingt sicherstellen, während der heutige § 54 sie nur entschuldigt und nur dann entschuldigt, wenn die Schwangere selbst oder einer ihrer Angehörigen der Täter ist. Nur zwei Bedenken bleiben: Wird man stets mit dem Reichsgericht[2]) den Notstand auch dann als unverschuldet ansehen, wenn die Frau beim Vollzuge des Beischlafes die Gefahr einer Entbindung kannte? Und wird man stets[3]) die Gefahr als gegenwärtig ansehen nicht nur dann, wenn mangels Vorkehr die Verletzung sofort, sondern auch dann, wenn mangels sofortiger Vorkehr die Verletzung, gleichviel ob sofort oder sehr viel später, eintreten muß, wenn beispielsweise bei Nichtunterbrechung der Schwangerschaft in ihren frühesten Stadien die Schwangere zu Grunde gehen muß, unrettbar, aber nicht sofort, sondern erst in der Geburt?

Wird die indizierte Perforation auf diese Weise vom Gesetzgeber als Notstandshandlung erkannt, so stellen sich alle die oben unbeantwortet gelassenen Fragen über die vom Gesetzgeber aufzustellenden Voraussetzungen der rechtmäßigen Perforation als ebensoviele Fragen dar, ob die Perforation gleich anderen Notstandshandlungen zu behandeln sei oder in einzelnen Beziehungen eine abweichende Behandlung fordere. Soll die Perforation nur zur Rettung des Lebens oder auch zur Rettung der Gesundheit der Schwangeren zulässig sein? Soll sie stets zulässig sein, wenn sie nur ein Mittel unter andern, oder nur dann, wenn sie das einzige Mittel zu jenem Zwecke ist? Ich sehe keinen Grund, weshalb man abweichend von der Behandlung anderer Notstandsverletzungen sich im Sinne der beiden jeweils zuerst genannten Alternativen entscheiden sollte. Soll die Perforation nur einer Medizinalperson, nur einem Arzt, diesem nur in Verbindung mit einem anderen Arzt oder nach Begutachtung durch einen ärztlichen Beamten oder ein Ärzte-

[1]) Die Ärztekammer für Brandenburg und Berlin fügt dem Gefährdeten und seinen Angehörigen nur die approbierten Ärzte als mögliche Subjekte der Nothilfe hinzu! „Gerade hier den Kampf gegen das Kurpfuschertum einzusetzen, scheint unmöglich, auch unerträglich" (Brückmann Z. XXIV 712).

[2]) E XXXVI 340—342.

[3]) Vergl. ebenda S. 339/340.

kollegium gestattet werden? Jetzt stellt sich uns diese Frage dar als Frage danach, ob die Perforation ein odios zu privilegierender Ausnahmefall der Notstandshandlung sei; denn im allgemeinen können nach der erweiterten Notstandsbestimmung Notstandshandlungen von jedermann vorgenommen werden. Und die Frage so stellen, heißt: sie verneinen; denn nichts rechtfertigt, das Notrecht zur Tötung einer Frucht an strengere Bedingungen zu knüpfen als das Notrecht zu andern gleich schweren und schwereren Rechtsgüterverletzungen, z. B. zur Tötung eines Menschen. Endlich findet auch die Frage nach dem Erfordernis der Einwilligung der Schwangeren eine befriedigende Antwort. Eine solche Einwilligung der Schwangeren könnte man zur Perforation unter zwei Gesichtspunkten fordern: weil außer der Frucht auch sie durch die Perforation verletzt wird, und weil sie durch die Perforation gerettet werden soll. Daß es der Einwilligung der Verletzten zur Notstandsverletzung nicht bedarf, fordert keine weitere Ausführung; die Einwilligung der Schwangeren als der Verletzten, die bei der Regelung der Perforation in einer Sonderbestimmung allein in Betracht kam, kommt also bei ihrer Ausgestaltung als Notstandshandlung überhaupt nicht in Frage. Daß man aber auch die Einwilligung des zu Rettenden nicht bedürfen kann, wenn diesem die Verfügung über das gefährdete Rechtsgut entzogen ist, und das letzteres beim eigenen Leben der Fall ist, ergibt sich aus der Notwendigkeit, die Notstandsbestimmung auch zu Gunsten dessen anzuwenden, der einen Selbstmörder unter Gewaltanwendung rettet. Es braucht deshalb auch aus diesem Gesichtspunkte heraus die Ablehnung der Perforation durch die Schwangere vom Nothelfer nicht beachtet zu werden. Und da es ferner auch zum Kaiserschnitt, wenn er und er allein voraussichtlich der Frucht das Leben retten und, ohne der Mutter das Leben zu kosten, der Einwilligung der Schwangeren (die hier nur als Verletzte, nicht als Gerettete in Betracht kommt) nicht bedarf, so kann der Nothelfer sich ungebunden durch den Willen der Schwangeren für das entscheiden, was die Situation fordert: Perforation oder Kaiserschnitt. Schließlich verdienen noch zwei Vorzüge der vorgeschlagenen Regelung der Perforationsfrage Erwähnung. Unsere erweiterte Notstandsbestimmung deckt nicht nur die zur Rettung der Schwangeren notwendige Tötung der Frucht, sondern auch die zur Rettung der Gebärenden notwendige Tötung des in der Geburt befindlichen Kindes, während man, wie der Eventualvorschlag der Ärztekammer für Brandenburg und Berlin zeigt, bei Entscheidung für eine Spezialbestimmung über rechtmäßige Fruchttötung noch eine zweite Spezialbestimmung über rechtmäßige Kindestötung hinzufügen muß. Und diesem Vorzuge der juristischen Ökonomie gesellt sich ein solcher der parlamentarischen Durchsetzbarkeit: Vielleicht werden die katholischen Gegner der Perforation ihre Unerlaubtheit weniger urgieren, wenn sie nur als Sonderfall eines umfassenderen Begriffs erscheint und zwar der Notstandsverletzung, für welche wir gerade dem kanonischen Rechte das Schlagwort necessitas non habet legem verdanken.

9. Schuld. Nur die vorsätzliche, nicht auch die fahrlässige Abtreibung wird in unserem StrGB. bedroht. Die fahrlässige Abtreibung kann nur als an der Mutter begangene Körperverletzung geahndet werden. Die Ausdehnung der Strafbarkeit auch auf die fahrlässige Abtreibung ist mehrfach gewünscht worden.[1])

Auch die früheren deutschen Partikularstrafgesetzbücher und die meisten ausländischen StrGB. stellen die fahrlässige Abtreibung nicht unter Strafe. Finnland 1889 Kap. 22 § 2 will nur die fahrlässige Abtreibung durch die Schwangere, Mexiko 1871 Art. 572 umgekehrt nur die fahrlässige Abtreibung durch einen Dritten bestraft wissen und nur dann, wenn dieser Arzt oder seine Fahrlässigkeit eine grobe ist. Gegen die Bestrafung fahrlässiger Abtreibung führen die russischen Motive (1895) aus, daß sie einen zu starken Eingriff in die individuelle Freiheit bedeute — sie stellt die ganze Lebensweise der Schwangeren während der Schwangerschaft unter strafrichterliche Kontrolle —, und daß überdies der schon bei der vorsätzlichen Abtreibung schwer nachweisbare Kausalzusammenhang hier noch schwerer werde dargetan werden können.

Einzelne mehr oder weniger willkürlich herausgegriffene Formen fahrlässiger Abtreibung werden in Gestalt von durch einen Erfolg qualifizierten Gefährdungsdelikten nicht selten bedroht. So Tötung der Frucht infolge von Verheimlichung der Schwangerschaft oder der Geburt[2]) (ALR. §§ 888 bis 964 II 20 und mehrere Partikularstrafgesetzbücher, ferner Dänemark 1866 §§ 194, 195, Finnland 1889 22. Kap. § 2), durch Mißhandlung der Schwangeren (Württemberg, Hessen, Baden, Nassau, Belgien 1867 Art. 349, Finnland 1889 Kap. 22 § 7, Italien, Schweden 1890 Kap. 14 § 29, Spanien 1870 Art. 426 und eine Reihe süd- und mittelamerikanischer StrGB.). Über und gegen solche Bestimmungen ist bereits in den preußischen Motiven (1830 III, 166—167, 1843 S. 203—204, 1845 S. 130) das Nötige gesagt worden. Den eingetretenen Abort nach dem Vorgange Italiens unter die die Körperverletzung zur schweren Körperverletzung erhebenden Umstände des § 224 unseres StrGB. aufzunehmen, hat dagegen wohl kein Bedenken.

Auch ohne daß Abort eingetreten wäre, werden Gefährdungen der Frucht, wie die Verheimlichung von Schwangerschaft und Niederkunft, die Mißhandlung einer Schwangeren (ALR. §§ 733—736 II 20, Hessen, Nassau) zuweilen unter Strafdrohung gestellt. Und hier ist nun nochmals daran zu erinnern, daß auch das deutsche und das holländische StrGB. nach verbreiteter Ansicht eine bestimmte Art der Gefährdung der Frucht — Beschleunigung der Geburt — mit Strafe bedroht. Eine Bestimmung, welche, wenn sie wirklich im geltenden StrGB. enthalten wäre, schleunigst ausgemerzt werden müßte, da sie eine Ächtung der gesamten Geburtshilfe bedeuten würde.

[1]) H. Meyer, Lehrb. 5. A. S. 481, Hrehorowicz S. 25.

[2]) Über den Ursprung dieser Bestimmung Schultzenstein Z. Vergl. R. XVII, 377 Anm. 52a, 382—384.

10. Versuch. Die Frage der Strafbarkeit des Versuchs muß nach geltendem deutschen Reichsrecht für jede Art der Abtreibung besonders beantwortet werden. Unbestritten strafbar ist der Abtreibungsversuch der Schwangeren selbst (§ 218 Abs. 1 mit § 43). Zweifelhaft ist dagegen, ob und inwieweit der unter Einwilligung der Schwangeren ohne Entgelt vorgenommene Abtreibungsversuch eines Dritten als solcher strafbar sei. Die Strafbarkeit des Versuchs aus § 218 Abs. 3 wird wegen der dort angewendeten Perfektform („welcher die Mittel zu der Abtreibung oder Tötung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat") vielfach geleugnet[1]); von anderer Seite wird dagegen ein Versuch der Handlung des § 218 Abs. 3 für denkbar gehalten und zwar entweder wegen der Perfektform nur ein beendeter oder auch ein unbeendeter Versuch. Soweit hiernach ein Versuch als nicht nach § 218 Abs. 3 strafbar angesehen wird, kann der beendete Versuch, das erfolglose Anwenden oder Beibringen des Abtreibungsmittels, und die Anstiftung und Beihilfe dazu nur als Beihilfe zu einem Abtreibungsversuch der Schwangeren, also mit dem gemäß §§ 44, 4 und 49, 2 doppelt herabgesetzten Strafrahmen[2]), bei mangelnder Mitschuld der Schwangeren also gar nicht bestraft[3]) werden, und muß der unbeendete Versuch, das versuchte Anwenden und Beibringen, als versuchte Beihilfe überhaupt straflos bleiben. Zweifelhaft ist ferner, ob und inwieweit ein Versuch des Verbrechens des § 219 denkbar sei. Es stehen einander vier Ansichten gegenüber. Die einen halten (auf Grund der Worte: „einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat") die Vollendung der Abtreibung für eine Bedingung nicht nur der Vollendungsstrafe, sondern jeglicher Strafe aus § 219. Innerhalb dieser Ansicht ist wiederum zu unterscheiden zwischen solchen, die infolgedessen eine Versuchsstrafe aus § 219 überhaupt für unmöglich halten[4]), und solchen, welche aus § 219 wegen Versuches dann strafen wollen, wenn zwar die Anwendung des Mittels (durch den Dritten oder im Falle des Verschaffens durch die Schwangere selbst) im Versuchsstadium geblieben, aber dennoch schon infolge des Anwendungs- und Beibringungsversuchs der Abtreibungserfolg eingetreten ist. Andere betrachten die Vollendung der Abtreibung als Voraussetzung nur der Vollendungs-, nicht der Versuchsstrafe aus § 219. Auch sie teilen sich in zwei Lager, je nachdem sie entweder auf Grund der Perfektform („wer . . . angewendet oder beigebracht hat") nur bei beendetem Versuche, erfolglosem Anwenden oder Beibringen des Abtreibungsmittels (durch den Dritten, beim Verschaffen durch die Mutter) Versuch des Verbrechens nach § 219 annehmen oder aber auch bei unbeendetem Versuche, versuchtem Anwenden oder Beibringen (durch den Dritten, beim Verschaffen durch die Mutter) die Versuchsstrafe eintreten lassen. Das versuchte Verschaffen wird wegen seines trotz formeller

[1]) So RG. E I 350, III 163, IV 302.
[2]) RG. E III 163.
[3]) RG. E XXI 14.
[4]) RG. I 194, III 163, IV 302.

Umstempelung zur Täterschaft doch bewahrten materiellen Beihilfecharakters überall für straflos erachtet. Soweit hiernach der mit Einwilligung der Schwangeren entgeltlich vorgenommene Abtreibungsversuch eines Dritten nicht nach § 219 bestraft werden kann, kann er nur als Versuch des Verbrechens aus § 218 Abs. 3 und soweit auch ein solcher Versuch für undenkbar erklärt wird, nur als Beihilfe zum Versuche des Verbrechens aus § 218 Abs. 1 zur Strafe gezogen werden. Unbestritten strafbar ist wiederum der Abtreibungsversuch ohne Wissen oder Willen der Schwangeren (§ 220 Abs. 1 mit § 43). Ob ein Versuch aus § 220 Abs. 2 denkbar ist, geht dagegen in die umfassendere Frage nach der Möglichkeit eines Versuches durch den Erfolg qualifizierter Delikte auf.[1]) Da sich keinerlei Grund ausdenken läßt, um dessen willen der Abtreibungsversuch der Schwangeren strafbar, der Abtreibungsversuch eines Dritten aber als solcher straflos sein sollte und um dessen willen die Versuchsstrafe durch Herabsetzung eines andern als des für die Vollendung geltenden Strafrahmens zu gewinnen sein sollte, muß angenommen werden, daß auch unser StrGB. den Abtreibungsversuch in allen Fällen, und zwar nach dem für die Vollendung desselben Tatbestandes geltenden, nur herabgesetzten Strafrahmen bestraft wissen wollte, und daß die Möglichkeit oder Notwendigkeit einer anderen Auslegung lediglich Folge nachlässiger Formulierung sei.[2])

De lege ferenda ist Straflosigkeit des Abtreibungsversuches der Schwangeren gewünscht worden.[3])

In Frankreich besteht sie bereits. Auch hier herrscht über die Frage der Strafbarkeit des Versuchs infolge schlechter Gesetzesfassung Uneinigkeit. Die Praxis nimmt an, daß der Abtreibungsversuch der Schwangeren selbst und folglich auch die Teilnahme des Dritten daran straflos bleibe, daß dagegen der Abtreibungsversuch des Dritten strafbar sei, aber auch wenn der Dritte eine Medizinalperson ist, nicht nach dem für Medizinalpersonen gültigen erhöhten Strafrahmen, der vielmehr nur für die Vollendung gilt, sondern nach dem normalen Strafrahmen. Die Theorie dagegen nimmt fast durchgängig die Strafbarkeit des Abtreibungsversuchs überhaupt in Abrede. Auch in Rußland ist nur der ohne Wissen der Mutter unternommene Abtreibungsversuch strafbar (§§ 465, 466 mit § 49 Abs. 1 u. 2 u. § 1).[4]) Dagegen ist in den übrigen hier dauernd herangezogenen deutschen und

[1]) Thüringen und Italien nehmen Vollendung auch dann an, wenn die Anwendung des Abtreibungsmittels zwar nicht die Frucht, wohl aber die Mutter getötet hat; also in dem Falle, in dem bei uns vielfach Versuch aus § 220 Abs. 3 angenommen wird.

[2]) Dagegen spricht freilich die Bemerkung der Motive zu § 214 des zweiten Entw. (S. 71).

[3]) Berner, Lehrb. 18. A. S. 526, Horch S. 46, Dr. Marie Raschke, Vernichtung des keimenden Lebens 4. A. Berlin o. J. S. 20, 22. Dagegen Hrehorowicz S. 45, 46.

[4]) Ebenso läßt Mexiko 1871 § 571 den Abtreibungsversuch überhaupt, Bayern 1861 Art. 243 den von der Mutter begangenen Abtreibungsversuch straflos.

ausländischen Gesetzbüchern der Abtreibungsversuch stets strafbar, zum Teil dem vollendeten Verbrechen gleichgestellt, und auch ein künftiges deutsches Strafgesetzbuch wird auf die Bestrafung des Abtreibungsversuches nicht verzichten können; die Versuchsstrafe muß für die zahlreichen Fälle nicht nachweisbaren Kausalzusammenhangs zwischen Abtreibungshandlung und Tod der Frucht in Reserve bleiben, soll nicht die Bestrafung der Abtreibung überhaupt illusorisch werden.

11. Untauglicher Versuch. Der Versuch der Abtreibung ist besonders häufig ein untauglicher. In dieser Häufigkeit kann aber ein Grund, den untauglichen Abtreibungsversuch anders als den untauglichen Versuch der andern Verbrechen zu regeln, nicht gefunden werden. Die Regelung des untauglichen Abtreibungsversuchs ist also nur ein Spezialfall der Regelung des untauglichen Versuchs überhaupt, deshalb weder im Gesetze für die Abtreibung speziell vorzunehmen noch in dieser der Abtreibung gewidmeten Abhandlung zu erörtern. Unter Verkennung dieser Sachlage bringt das englisch-amerikanische Recht (England, New-York 1881 §§ 191, 194, Nordamerika), welches über den untauglichen Versuch im allgemeinen zu einer gesicherten Rechtsanschauung noch nicht gelangt ist, zum Ausdruck, daß der Abtreibungsversuch an einer andern Person bestraft werde, ob nun diese schwanger war oder nicht, während der Abtreibungsversuch an der Täterin selbst nur dann strafbar sei, wenn sie wirklich schwanger war. Während also der Abtreibungsversuch am untauglichen Objekt nur, wenn von einem Dritten begangen, bestraft wird, ist der Abtreibungsversuch mit untauglichen Mitteln ohne Beschränkung strafbar. Umgekehrt bedroht Schweden 1864 Kap. 14 § 26 ff. nur die Abtreibung mit solchen Mitteln, „die eine solche Wirkung haben können".[1])

[1]) Straßmann, 3. deutsche Medizinalbeamtenversammlung S. 33, 34 schlägt vor, den untauglichen Versuch der Abtreibung wegen der Beweisschwierigkeit auch dann für straflos zu erklären, wenn man von einer Strafbarerklärung des untauglichen Versuches im allgemeinen absehe, und möchte mit der gleichen Bestimmung auch die betrügerische Verschaffung eines untauglichen Abtreibungsmittels treffen, welche nach dem Reichsgericht mangels einer rechtlich anerkannten Vermögensbeschädigung kein Betrug (dagegen neuestens Engelhard, Betrug durch Vorspiegelung einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Gegenleistung. Heidelberger Diss. 1905) und mangels des Vorsatzes der Fruchttötung keine Abtreibung ist. Es ist nun Straßmann gegen Heimberger (daselbst S. 92) zuzugeben, daß, wenn eine Schwangere ausdrücklich deshalb bedroht wird, weil sie Mittel anwendet, die sie für zur Abtreibung geeignet hält, derjenige der Beihilfe schuldig sein würde, der ihr solche Mittel verabreicht, auch wenn er selbst sie nicht für geeignet hält; sein Vorsatz braucht bei dieser Fassung der Bestimmung nicht dahin zu gehen, daß die Mittel geeignet seien, sondern nur dahin, daß die Schwangere sie für geeignet halte. Einzuwenden ist gegen Straßmann lediglich, daß die betrügerische Verschaffung und Anwendung untauglicher Abtreibungsmittel aus einem ganz andern Grunde und nach einem ganz andern Maßstabe als die vermeintliche Verschaffung und Anwendung tauglicher Abtreibungsmittel strafwürdig ist: die letztere als ein Verbrechen gegen das Leben des Kindes, die erstere als ein Verbrechen gegen das Vermögen der Schwangeren, die erstere als Abtreibung, die letztere als Betrug; nicht durch eine Umgestaltung der Abtreibungs-, sondern lediglich durch eine Neugestaltung oder Neuauslegung der Betrugsbestimmung ist deshalb jener Fall zur Strafe zu bringen.

12. Teilnahme. Wie der Versuch, so bedarf auch die Teilnahme bei der Abtreibung ihrer außerordentlichen Häufigkeit[1]) wegen sorgfältigster Regelung, und wie beim Versuch so hat auch bei der Teilnahme unser Strafgesetzbuch durch nachlässige Formulierung zu zahlreichen Zweifeln Anlaß gegeben.

Der mit Einwilligung der Schwangeren abtreibende Dritte konnte nach einer jetzt überwundenen Ansicht, die sich auf die eine Handlung der Schwangeren scheinbar voraussetzende Formulierung des § 218 Abs. 3 und die Analogie des § 219 stützte, überhaupt nur wegen Beihilfe zu einer von der Schwangeren begangenen Abtreibung bestraft werden, mußte also im Falle seiner Alleinschuld infolge der Akzessorietät der Beihilfe straflos bleiben. Die ausdrückliche Bestimmung über den mit Einwilligung der Schwangeren handelnden Dritten im § 218 Abs. 3 stellte nach dieser Ansicht keinen neuen Tatbestand, sondern nur einen höheren Strafrahmen für einen an sich schon als Beihilfefall unter § 218 Abs. 1 fallenden Tatbestand auf: während die Beihilfe zu der von der Schwangeren begangenen Abtreibung im allgemeinen nur nach dem gemäß § 49 Abs. 2 herabgesetzten Strafrahmen des § 218 Abs. 1 bestraft wird, soll sie, wenn durch Anwendung oder Beibringung des Abtreibungsmittels begangen, nach § 218 Abs. 3 unter den Strafrahmen der Täterschaft fallen. Das deutsche Strafgesetzbuch wie schon das preußische von 1851 behandelt nach dieser Ansicht den mit Einwilligung der Schwangeren abtreibenden Dritten, ebenso wie Thüringen und Sachsen 1838, die ausdrücklich nur denjenigen bedrohen, der zur Anwendung des Abtreibungsmittels durch die Schwangere Beihilfe leistet, und abgesehen von der Erhöhung des Strafrahmens ebenso wie Österreich 1852 und Sachsen 1855, welche ihn gar nicht erwähnen und dadurch zu erkennen geben, daß er straflos bleiben solle, soweit er nicht schon als Gehilfe der Schwangeren strafbar sei. In einem neuen Strafgesetzbuch muß diese Auslegung, nach welcher beispielsweise der mit Einwilligung der Schwangeren abtreibende Dritte bei deren Zurechnungsfähigkeit straflos wäre, unmöglich gemacht werden.[2]) Die herrschende Meinung[3]) nimmt schon für das geltende Recht dieser Ansicht entgegen an, daß § 218 Abs. 3 die Anwendung oder Beibringung von Abtreibungsmitteln durch den mit Einwilligung der Mutter unentgeltlich handelnden Dritten unter Strafe stelle, gleichviel ob sie Beihilfe zu einer durch die Schwangere begangenen Abtreibung ist oder nicht. Neben der Ansicht, daß die Anwendung und Beibringung des Abtreibungsmittels nur dann unter § 218 Abs. 3 falle, wenn sie Beihilfe zur Abtreibung durch die Schwangere sei, und derjenigen, daß sie unter § 218 Abs. 3 falle, wenn sie Täterschaft, aber auch wenn sie Beihilfe sei, wäre noch die dritte Ansicht

[1]) Von 356 i. J. 1901 abgeurteilten Abtreibungsverhandlungen waren 176 von einer, 180 von mehreren Personen vollführt worden.

[2]) Schneickert, Arch. Krim. Anthr. XVIII 128 fordert dagegen die ausdrückliche Aufnahme der hier abgelehnten Ansicht ins Gesetz.

[3]) Vergl. RG. E I 350, XVI 184, XXVIII 164. R IX 387.

möglich, daß sie nur, wenn sie Täterschaft, nie aber wenn sie Beihilfe sei, dorthin gehöre, wird aber allgemein abgelehnt.[1]) Nach den beiden vertretenen Ansichten untersteht also die Beihilfe, wenn sie durch Anwendung oder Beibringung des Abtreibungsmittels begangen wird[2]), dem vollen, sonst nur dem gemäß § 49 Abs. 2 herabgesetzten Strafrahmen des § 218 Abs. 1.

Für ein künftiges Strafgesetzbuch, welches etwa anders als das geltende den mit Einwilligung der Schwangeren unentgeltlich handelnden Dritten nicht ebenso wie, sondern strenger als die Schwangere bestrafen sollte, erhebt sich nun das Bedenken, daß der anders als durch Anwendung oder Beibringung des Abtreibungsmittels der Schwangeren Beihilfe leistende Dritte nicht nur als Gehilfe nach einem herabgesetzten, sondern infolge der Akzessorietät der Teilnahme auch nach dem von vorneherein milderen für die Schwangere geltenden Strafrahmen bestraft würde. Denn der § 50, nach welchem verschiedene persönliche Eigenschaften nur dann die Anwendung eines anderen Strafrahmens auf den Teilnehmer und auf den Täter zur Folge haben, wenn sie vom Gesetze als privilegierende oder qualifizierende Umstände behandelt werden, kann auf den Teilnehmer der Schwangeren nicht angewendet werden, solange nicht die Abtreibung durch den Dritten als qualifizierter oder die Abtreibung durch die Schwangere als privilegierter Spezialfall der Abtreibung überhaupt formuliert wird, sondern, wie das heute der Fall ist, die Abtreibung durch die Schwangere und diejenige durch einen Dritten als koordinierte Tatbestände, von den Eigenschaften als Dritter und als Schwangere nicht eine als strafändernder, strafschärfender oder strafmildernder Umstand, sondern beide als strafbegründende Umstände erscheinen. Außer dadurch, daß die Bestrafung des Dritten und der Schwangeren als Regel und Ausnahme, statt, wie heute, als Alternativen formuliert werden und dadurch der § 50 auf unsern Fall anwendbar gemacht wird, kann das Resultat den Dritten auch als Teilnehmer der Mutter von dem für diese geltenden milderen Strafrahmen auszuschließen noch auf einem andern Wege erzielt werden: Norwegen bedroht auch den Dritten, der sich nur einer Mitwirkung, Schweiz den Dritten, der sich nur einer Hilfeleistung schuldig macht, England und Norwegen denjenigen, der sich gewisser bestimmter, ersichtlich in der Absicht erschöpfender Aufzählung zusammengestellter Teilnahmehandlungen schuldig macht, mit derselben Strafe, wie sie ihn als Täter treffen würde. Diese Bestimmungen, deren Nachbildung auch für Deutschland vorgeschlagen worden ist[3]), würden nun freilich nicht nur bewirken, daß der Gehilfe der Schwangeren statt aus dem milderen für die Schwangere geltenden, aus dem schärferen für den Dritten geltenden Strafrahmen bestraft werde, vielmehr würden sie außerdem noch die für den Gehilfen sonst etwa vorgesehene Herabsetzung des Strafrahmens ausschließen.

[1]) Vergl. RG. E VIII 199—200.

[2]) Dies ist nur denkbar auf dem Boden einer subjektiven Beihilfetheorie.

[3]) Dr. Marie Raschke, Vernichtung des keimenden Lebens 4. A. Berlin o. J. S. 25.

Den mit Einwilligung der Schwangeren entgeltlich das Abtreibungsmittel verschaffenden, anwendenden oder beibringenden Dritten bedroht § 219 mit schwererer Strafe nur, wenn die Schwangere „ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat".[1]) Auf Grund dieser Worte wird darüber gestritten, ob § 219 den mit Einwilligung der Mutter entgeltlich ein Abtreibungsmittel verschaffenden, anwendenden oder beibringenden Dritten nur als Gehilfen der Mutter bedrohe, oder ob seine Bestrafung die Täterschaft der Mutter nicht voraussetze. Drei Ansichten stehen einander gegenüber. Die erste nimmt an, daß § 219 nur einen qualifizierten Fall der Beihilfe zu der durch die Schwangere begangenen Abtreibung bedrohe, daß der Dritte also infolge der Akzessorietät der Beihilfe im Falle seiner Alleinschuld nur nach § 218 Abs. 3 bestraft werden könne.[2]) Die zweite Ansicht setzt sich über das Erfordernis, daß die Schwangere die Frucht abgetrieben oder getötet haben müsse, hinweg und behauptet, daß die Bestrafung aus § 219 unabhängig von der Täterschaft der Schwangeren eintreten könne.[3]) Die dritte Ansicht unterscheidet zwischen dem Falle des Verschaffens und denjenigen des Anwendens und des Beibringens des Abtreibungsmittels. Sie nimmt an, daß das Verschaffen nur als qualifizierte Beihilfe strafbar, mangels Täterschaft der Schwangeren also straflos sei, daß dagegen in Ansehung des Anwendens und Beibringens das Erfordernis, daß die Schwangere die Frucht getötet oder abgetrieben habe, ein Redaktionsfehler und diese Tatbestände auch ohne Mittäterschaft der Schwangeren aus § 219 zu bestrafen seien. Daß de lege ferenda eine unzweideutige Regelung im Sinne der dritten Ansicht[4]) wünschenswert sei, bedarf keiner Begründung. Auch dann noch aber bleibt das Bedenken bestehen, daß, während die der Schwangeren in Form des Verschaffens, Anwendens oder Beibringens der Abtreibungsmittel geleistete Hilfe nicht nur aus einem höheren Strafrahmen, sondern auch ohne Herabsetzung desselben bestraft wird, bei den anderen Formen der Beihilfe nicht nur ein, bei etwaiger milderer Bestrafung der Schwangeren selbst sogar um zwei Stufen, milderer Strafrahmen, sondern noch dazu die Herabsetzung desselben Platz greift. Daß die Bestrafung des entgeltlich abtreibenden dritten Gehilfen aus dem etwaigen milderen für die Schwangere geltenden Strafrahmen stattfinde, wird schon durch die oben besprochenen Änderungen verhindert, durch welche die Bestrafung jedes Dritten aus diesem Strafrahmen unmöglich gemacht werden soll. Daß weitergehend die der

[1]) Dieselben Worte haben den oben betrachteten Streit über den Versuch des im § 209 behandelten Verbrechens hervorgerufen. Während sie dort insoweit in Betracht kamen, als sie zu besagen scheinen, daß die Frucht abgetrieben oder getötet worden sein müsse, kommen sie hier insoweit in Betracht, als sie zu besagen scheinen, daß die Schwangere in jenem Sinne tätig geworden sein müsse.

[2]) De lege ferenda schlägt Pfizer GS. 1876 S. 43 Regelung in diesem Sinne vor.

[3]) RG. E I 350, XVI 184, XXIII 147, R IX 387.

[4]) Vergl. Hälschners Gesetzesvorschlag GS. XXXII 599: „wer einer Schwangeren, die ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft hat, sowie derjenige, der mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel der erfolgten Abtreibung oder Tötung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat."

Schwangeren entgeltlich geleistete Beihilfe zwar unter Herabsetzung des Strafrahmens, aber doch aus dem strengeren für den entgeltlich handelnden Dritten vorgesehenen Strafrahmen bestraft werde, läßt sich bei Festhaltung der Akzessorietät der Beihilfe nur durch eine Sonderbestimmung erzielen.

Ist und wie ist ferner die Schwangere selbst wegen Teilnahme an der von einem Dritten begangenen Abtreibung zu bestrafen? Wer in den in den §§ 218 Abs. 3, 219 geregelten Tatbeständen nur qualifizierte Fälle der Beihilfe zu dem Verbrechen der Schwangeren erblickt, muß eine Beihilfe der Schwangeren zu dem Verbrechen der §§ 218 Abs. 3, 219 für undenkbar erklären. Zu dem gleichen Resultat kommen andere, indem sie unter dem Einfluß der subjektiven Teilnahmstheorie schon bei der nebensächlichsten Tätigkeit, ja, bei völliger Untätigkeit der Schwangeren und bloßer Einwilligung in die an ihr vorgenommene Abtreibungshandlung eines Dritten Täterschaft der Schwangeren annehmen.[1]) Frühere deutsche und auswärtige Gesetzgebungen huldigen diesem Standpunkt: Norwegen bedroht die Schwangere als Täterin schon wegen Mitwirkung zur Tötung der Leibesfrucht, Hessen, Baden, Nassau, ferner Niederlande und Österreich 1891 stellen der Abtreibung das Abtreibenlassen, d. h. Zulassung wie auch Veranlassung der Abtreibung[2]), der Frucht durch die Schwangere gleich, Nordamerika bedroht die Schwangere, die sich dem Gebrauch eines Abtreibungsmittels unterzieht, Frankreich und Italien bedrohen neben der Abtreibung durch die Schwangere selbst auch ihre Zustimmung zu der durch einen anderen an ihr vorgenommenen Abtreibung, und auch bei uns ist diese Regelung de lege ferenda vorgeschlagen worden.[3]) Sie würde eine Anzahl von Zweifeln in befriedigender Weise beseitigen, die bei Anerkennung der Möglichkeit einer Beihilfe der Schwangeren zu der von einem Dritten begangenen Abtreibung[4]) sich erheben. Umstritten ist, ob die einwilligende Schwangere in allen Fällen, in denen sie nicht Mittäterin ist, in den Fällen tätiger Unterstützung sowohl wie in denjenigen untätiger Duldung[5]) der Abtreibung als Gehilfin des Dritten zu erachten sei, oder ob nur im ersteren Falle Beihilfe, im letzteren aber Straflosigkeit anzunehmen sei. Umstritten ist ferner, ob die Schwangere als Gehilfin für den Dritten nach §§ 218 Abs. 3 und 219 mit § 49 Abs. 2 oder nach § 218 Abs. 1 mit § 49 Abs. 2 zu bestrafen sei.

Das Teilnahmeverhältnis zwischen einem entgeltlich und einem unentgeltlich abtreibenden, einem mit und einem ohne Einwilligung der Schwangeren abtreibenden Dritten endlich regelt sich der allgemeinen Regel des § 49

---

[1]) RG. E I 263 kommt dieser Ansicht sehr nahe.

[2]) A. M. Noyon, Wetboek van Strafrecht III (1905) S. 98.

[3]) Hrehorowicz S. 37/38, 87. Raschke, Vernichtung des keimenden Lebens 4. A. o. J. S. 25.

[4]) Dies ist die herrschende Ansicht. Vergl. RG. E I 263, XVI 184, XXVIII 164, XXIX 10.

[5]) So RG. E I 263, XXIX 10. Vergl. auch E. XVI 184: „wenn es denkbar wäre, daß die Schwangere ihre Einwilligung erteilen könnte, ohne sich strafrechtlich verantwortlich zu machen“. . . .

gemäß so, daß der unentgeltliche Teilnehmer einer Lohnabtreibung, der mit Einwilligung der Schwangeren handelnde Teilnehmer an einer ohne ihre Einwilligung vorgenommenen Abtreibung (tatsächlich wohl undenkbarer Fall) aus den gemäß § 49 Abs. 2 herabgesetzten Strafrahmen der §§ 219 bezw. 220, der entgeltliche Teilnehmer an einer unentgeltlichen Abtreibung, der ohne Einwilligung der Schwangeren handelnde Teilnehmer an einer mit ihrer Einwilligung vorgenommenen Abtreibung aus den gemäß § 49 Abs. 2 herabgesetzten milderen Strafrahmen des § 218 Abs. 3 bestraft wird. Es handelt sich da wiederum nur um eine spezielle Äußerung einer mängelreichen Teilnahmelehre, deren Beseitigung nur im Rahmen einer umfassenden Behandlung jener Lehre diskutiert werden kann.

13. Strafe. Hinsichtlich der Bestrafung der Abtreibung kommen folgende Reformgedanken in Frage:

a) Gefängnisstrafe für die Schwangere selbst und den mit ihrer Einwilligung unentgeltlich handelnden Dritten.[1]) In der Tat wird hier schon heute fast stets unter Zubilligung mildernder Umstände auf Gefängnisstrafe erkannt.[2])

b) Mildere Bestrafung der Mutter als des mit ihrer Einwilligung handelnden Dritten.[3]) Die deutschen Partikularstrafgesetzbücher bestrafen durchweg den Dritten nicht strenger als die Schwangere. Dagegen bedrohen den mit Einwilligung der Mutter handelnden Dritten strenger als die Schwangere selbst dem Strafmaße nach Schweden 1864 Kap. 14 §§ 26, 27, Niederlande, Kongostaat 1880 Art. 70, Norwegen, Rußland, auch der Strafart nach Italien, Bulgarien 1896 § 259.

c) Berufsuntersagung gegenüber Heilgewerbetreibenden. Speziell bei der Abtreibung erwähnen sie Hessen und Nassau, ferner Bolivia 1834 Art. 517, Mexiko 1871 Art. 580, Niederlande, Italien, Bulgarien 1896 § 260 Abs. 4, Rußland, generell sehen sie vor Norwegen (§ 29 Nr. 4), Schweiz (§ 43), (vergl. Österreich 1852 Art. 30). In Deutschland gilt nur der unzulängliche § 53 Abs. 1 u. 2 der Gew.-Ordn. (Novelle v. 1. Juli 1883).

d) Geldstrafe neben der Freiheitsstrafe: Schweizer Entw.

e) Kürzere Verjährungsfrist: ebenda.

14. Verwandte Bestimmungen. Als verwandter Tatbestand sei erwähnt die Zugänglichmachung von Abtreibungsmitteln. Vergl. Nordamerika sec. 372, 428, New-York 1881 § 297, Spanien 1870 Art. 428 Abs. 2 und eine Reihe süd- und mittelamerikanischer Strafgesetzbücher.[4])

---

[1]) Straßmann, 3. deutsche Medizinalbeamtenversammlung S. 35, 36.

[2]) Zuchthausstrafen in Prozenten der erkannten Gefängnisstrafen: 1894/1901: 15 %, 1894/97: 17,1 %, 1898/1901: 12,7 %; die Zuchthausstrafen dürften wohl fast sämtlich auf Lohnabtreibungen entfallen. R. Kr. St. 1901 I 56.

[3]) Raschke, Vernichtung des keimenden Lebens 4. A. o. J. S. 25.

[4]) Zum Schluß danke ich den Herren Referendar Dr. Weidemann-Berlin, candd. jur. Bratislaw M. Stojanowitsch-Berlin und Isaak Urisohn-Heidelberg für Übersetzungen aus dem Russischen, Herrn Dozenten Jon Scheie-Christiania für Übersetzungen aus dem Norwegischen und Herrn Dr. med. Kuttner-Berlin für Einsichtgewährung in sein Manuskript..

3. Aussetzung

(§ 221 RStrGB.).

Bearbeitet von Privatdozent **Dr. Gustav Radbruch**, Heidelberg.

1. Die Aussetzung in der deutschen Gesetzgebung bis zum Beginne des 19. Jahrhunderts. Aussetzung eines neugeborenen Kindes durch seine Mutter — das ist der enge Tatbestand, an den sich die frühesten Strafdrohungen wegen Aussetzung knüpfen. Seine Strafwürdigkeit drängte sich dem Bewußtsein mit Evidenz auf.

Bewußte Überlegung entdeckt drei Gründe für sie: die Aussetzung des neugeborenen Kindes durch die Mutter ist strafwürdig erstens, weil sie das Kind einer Gefahr für Leib und Leben aussetzt, zweitens, weil sie eine Vernachlässigung der mütterlichen Fürsorgepflicht bedeutet, drittens, weil sie die Unterdrückung des Personenstands des Kindes mit sich bringt. Die Aussetzung in ihrem ursprünglichen Sinne richtete sich mithin gegen drei Rechtsgüter zugleich und war also ein sogenanntes vages Verbrechen.[1])

Man konnte aber nicht dabei stehen bleiben, Strafe nur dann eintreten zu lassen, wenn alle drei Rechtsgüter zugleich betroffen wurden, die Verletzung jedes einzelnen von ihnen aber straflos zu lassen, und so hieß es, den ursprünglichen engen Tatbestand der Aussetzung derart auszuweiten, daß er alle Verletzungen eines jener Rechtsgüter, auch diejenigen, welche nicht mit den Verletzungen der andern beiden Rechtsgüter zusammentreffen, in sich aufnehme. Es boten sich also drei Möglichkeiten dar: der Aussetzungsbegriff konnte als Gefährdung von Leib und Leben, als Verletzung der Fürsorgepflicht, als Unterdrückung des Personenstandes ausgestaltet werden.[2])

In der letzten Richtung hat sich nun aber die Aussetzung in der Tat nicht entwickelt. Die Verletzung des Personenstandes hat sich an dem

---

[1]) Feuerbach (14. A.) § 389. Martin stellt die Aussetzung zu den „schwankenden", Grolman und Abegg zu den „unbestimmten" Verbrechen.

[2]) v. Buri, GS. 27, 533, welcher die Aussetzung als Verbrechen gegen die Freiheit aufgefaßt wissen will, hat mit Recht keine Nachfolger gefunden.

Tatbestande der Kindesunterschiebung ausgebildet. In ihm trat sie als das die Strafwürdigkeit begründende Moment handgreiflicher hervor, als in der Aussetzung des neugeborenen Kindes durch die Mutter. Erst nachdem sie so auf anderem Wege sich herausgebildet hatte, wurde auch die Aussetzung des neugeborenen Kindes durch die Mutter als ein ihr meist subsumierbarer Tatbestand erkannt.[1])

Bleiben also nun die andern beiden Möglichkeiten: Die Aussetzung konnte zur Gefährdung von Leib und Leben oder zur Vernachlässigung der Fürsorgepflicht erweitert werden. Ihr Tatbestand mußte je nach dem eingeschlagenen Wege ein sehr verschiedener werden.

Ist die Aussetzung Gefährdung von Leib und Leben, so ist die Mutter, die sich der Fürsorge für ihr neugeborenes Kind entledigt, ohne dabei das Kind hilflos zu verlassen und dadurch zu gefährden, nicht der Aussetzung schuldig, und ist umgekehrt die Aussetzung Vernachlässigung der Fürsorgepflicht, so ist die Mutter, die ihr neugeborenes Kind ohne die Absicht, sich dauernd der Fürsorge zu entledigen, vorübergehender Hilflosigkeit und damit Leibes- und Lebensgefahr aussetzt, nicht wegen Aussetzung zu bestrafen. Und die Kluft zwischen beiden Auffassungen verbreitert sich, je konsequenter der Tatbestand der Aussetzung in dem einen oder in dem andern Sinne ausgebildet wird.

Ist dasjenige, was die Aussetzung strafwürdig macht, die Vernachlässigung der Fürsorgepflicht, so liegt es nahe, die Strafbarkeit auszudehnen auf die nur graduell weniger strafwürdigen Fälle, in denen sich die Mutter nicht der gesamten Fürsorgepflicht entledigt, sondern nur einzelne Fürsorgepflichten unerfüllt läßt, in denen sie, nicht wie bei der Aussetzung die Sorge für Leib und Leben des Kindes, sondern etwa diejenige für seine geistige und sittliche Ausbildung vernachlässigt.[2]) Dagegen würde nach Subjekt und Objekt des Verbrechens eine Ausdehnung nur zulässig sein auf solche Personen, welche zur Fürsorge verpflichtet sind bezw. der Fürsorge unterstehen. An Stelle lediglich der Muter könnten also in immer weiteren Kreisen die Eltern, alle Aszendenten, alle kraft Gesetzes, kraft Vertrages, kraft vorausgegangenen Handelns Verpflichteten treten, an Stelle des neugeborenen Kindes jedes Kind, jeder unerwachsene Deszendent, jeder Mensch, über den aus irgend einem Grunde eine Fürsorge besteht, — damit sind wir dann aber an der Grenze der möglichen Subjekte und Objekte des noch so weit ausgedehnten Verbrechens angelangt.

Wenn man andererseits die Aussetzung als Gefährdung Leibes und Lebens auffaßt und nun den strafbaren Tatbestand so ausweitet, daß er alle Gefährdungen Leibes und Lebens in sich aufnimmt, so ist umgekehrt nach

---

[1]) Nur Henke, Handbuch II 1826 § 136, hat die Aussetzung wesentlich als Unterdrückung des Personenstandes aufgefaßt und den Verbrechen gegen Familienrechte untergeordnet.

[2]) Eine Ausdehnung in diesem Sinne wünscht Klein in seiner Anmerkung zu Quistorp Bd. I, Abt. 2, 6. Aufl. 1810, § 279.

der Seite des Subjekts und Objekts eine Grenze nicht gegeben, jeder Mensch könnte sich dieses Verbrechens gegen jeden andern schuldig machen. Die Handlung aber könnte sich wohl von der Gefährdung Leibes und Lebens durch Aussetzung ausdehnen zu irgendwelcher, sei es wie immer herbeigeführter, Gefährdung dieser Rechtsgüter[1]), aber nimmermehr zu einem gegen das geistige und sittliche Wohl gerichteten Verbrechen.

Welchen Weg hat nun die historische Entwicklung in der Tat genommen? Ist die Aussetzung als Gefährdung des Leibes und des Lebens oder als Verletzung der Fürsorgepflicht ausgestaltet worden?

Man hat behauptet, daß das preußische StrGB. von 1851 und das sich daran anschließende RStrGB., indem sie die Aussetzung als ein gegen Leib und Leben gerichtetes Gefährdungsdelikt auffassen, „sich in Widerspruch zu allem stellen, was seit dem Mittelalter bis in die neueren Legislationen hinein gegolten hat“ [2]), daß sie vorher stets als eine Verletzung der Fürsorgepflicht aufgefaßt worden sei.

Das ist unzutreffend für Bambergensis und Brandenburgica (Art. 157), welche zwar verlangen, daß die Aussetzung des Kindes von der Mutter geschehen sei, „um daß sie deß abkomme“, aber diese Verletzung der Fürsorgepflicht nur bestraft wissen wollen, wenn sie zugleich eine Gefährdung von Leib und Leben des Kindes enthält, wenn die Mutter es „in Fährlichkeit“ weggelegt hat.

Das ist zum mindesten zweifelhaft für die Carolina (Art. 132), welche zwar in ihrem Texte das Erfordernis, daß das Kind „in Fährlichkeit“ weggelegt worden sei, gestrichen, es aber in der Überschrift („Strafe der Weiber, so ihre Kinder, um daß sie der abkommen, in Fährlichkeit von ihnen legen“) stehen gelassen und in dem zweiten, die durch einen tödlichen Erfolg qualifizierte Aussetzung behandelndem Satze sogar ihrerseits hinzugefügt hat, daß „nach Gelegenheit des gefährlichen Hinlegens“ [3]) zu strafen sei.

Das ist weiter unzutreffend für zahlreiche spätere Partikulargesetzbücher, welche zwar fordern, daß die Mutter das Kind hingelegt habe, „damit sie deß abkomme“, „in der Meinung sich dessen nicht mehr anzunehmen“, außerdem aber, daß sie es „gefährlicher Weise“ getan habe.[4])

[1]) Wie solche z. B. der schweizerische Vorentwurf Art. 68 bedroht.

[2]) Heinrich Schmidt, Aussetzung und Gefährdung, Göttinger Diss. 1896.

[3]) Gobler übersetzt per qualitatem periculosae (nicht etwa: dolosae) expositionis.

[4]) So die brandenburgische HGO. von 1582 Art. 159, die kurpfälzischen Landrechte von 1582 und 1610 Teil V Titel 22, das badische Landrecht von 1622 Teil VII Titel 19, das brandenburgische Landrecht des Herzogtums Preußen von 1685 Buch VII Titel V Art. III § VII; vergl. auch Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751 Kap. III § 23. Die Theresiana Teil II Art. 89 verlangt zunächst, daß das Kind „in Gefährlichkeit“ weggelegt sei, kennt aber auch eine Aussetzung „nicht aus Fürsatz, um dasselbe in augenscheinliche Lebensgefahr zu setzen“. Das Josephinische Gesetzbuch von 1787 § 116 bezeichnet das Verbrechen als „gefährliche Weglegung“, straft aber dennoch (§ 118) auch ohne jede Gefährdung. Gefährdung verlangen nicht das Jus Culmense, Buch V Teil II Titel 14, das Jus Provinciale Ducatus Prussiae von 1620 Liber VI Titel V Art. III § 7 und ALR. §§ 969—971 II 20.

Zutreffend ist zweifellos, daß die gemeinrechtliche Wissenschaft 200 Jahre hindurch nur Entledigungsabsicht der Mutter, nicht auch Gefährdung des Kindes gefordert hat.[1]) Seit Beginn des 19. Jahrhunderts haben sich dann aber doch nicht wenige Stimmen erhoben, die das alte Erfordernis der Gefährdung neben der Entledigungsabsicht wieder zu Ehren bringen.[2])

Für den Durchschnitt der Gesetzgebung und Wissenschaft dürfte somit festgestellt werden können, daß die Aussetzung bis in das 19. Jahrhundert hinein ihren vagen Charakter bewahrt habe, daß sie nicht als Gefährdung des Kindes, ebensowenig aber als Verletzung der Fürsorgepflicht konsequent ausgebildet, vielmehr nur, wenn gegen Leib und Leben des Kindes und Fürsorgepflicht der Mutter zugleich gerichtet, mit Strafe bedroht wurde.

2. Die Aussetzung in den deutschen Partikularstrafgesetzbüchern des 19. Jahrhunderts. (Bayern 1813 Art. 174—177, 370; Oldenburg 1814 Art. 179—182, 376; Sachsen 1838 Art. 131; Württemberg 1839 Art. 256—259; Braunschweig 1840 § 156; Hannover 1840 Art. 239, 240; Hessen 1841 Art. 286—291; Baden 1845 §§ 260—266; Nassau 1849 Art. 279—284; Thüringen 1850 ff. Art. 130; Preußen 1851 § 183; Sachsen 1855 Art. 163; Bayern 1861 Art. 246, 247; Hamburg 1869 Art. 129.)

a) Name. Seit dem bayerischen StrGB. von 1813 ist der Name des Verbrechens nicht mehr Weglegung, sondern Aussetzung. Darin kommt eine Erweiterung des Verbrechensbegriffs zum Ausdruck. „Weglegen" kann man nur ein Kind, das noch nicht gehen kann, und nach gemeinem Recht (PGO. Art. 132) war auch nur die Weglegung von Kindern strafbar.[3]) Nach dem Vorgange J. S. F. Böhmers (Meditt. in C. C. C. 1774 Art. 132 § 1) dehnte aber zuerst Tittmann (Handbuch I 2. A. § 201) das Verbrechen auf hilflose Erwachsene aus.[4]) Das bayerische StrGB. nahm diese Anregung auf und gab dem neuen Verbrechen auch den neuen technischen Namen.

b) Stellung. Die Aussetzung wird von den meisten dieser StrGB. unter die Verbrechen wider das Leben gestellt. Dagegen gewähren ihr Hessen, Baden und Nassau einen eigenen Titel.

c) Handlung. Das Angriffsobjekt der Aussetzung ist nach der vom bayerischen StrGB. von 1813 aufgebrachten, in den meisten übrigen

[1]) Vergl. den Rechtsfall bei Carpzow, Practica Nova P. I qu. X n. 21 und die teilweise von mir nachgeprüften Nachweisungen bei Schmidt S. 12—23.

[2]) So insbesondere Grolman 1798 § 445, Osenbrüggen in seinem und Morstadts Kommentar zu Feuerbach 1855 § 389 Note a, Tittmann I 2 1822 S. 415 f., 418, aber auch Abegg, Lehrbuch § 331, Feuerbach § 390 III, Marezoll 1856 S. 389, Mittermaier N. III zu Feuerbach § 389, Roßhirt 1821 § 160 Abs. 1. Jarcke III 1830 § 48 behandelt die Aussetzung unter der Rubrik „Gefährdung des Lebens". Henke II 1826 S. 365, obgleich Gegner, bezeichnet das Erfordernis einer Gefährdung als die „gewöhnliche Ansicht".

[3]) Nach ALR. §§ 969—971 II 20 ist sogar nur die Aussetzung eines neugeborenen unehelichen Kindes durch seine Mutter strafbar. Vergl. Burchardi ANF. 1847 S. 409 ff.

[4]) Vergl. Bopp NA. 1833 S. 442 ff.

StrGB. nur mit redaktionellen Abweichungen wiederholten Formel eine Person, welche wegen jugendlichen Alters, Krankheit oder Gebrechlichkeit sich selbst zu helfen unvermögend ist — Preußen führt statt der wegen jugendlichen Alters hilflosen Person nach dem Vorbilde des Code pénal das Kind unter sieben Jahren ein —, nach dem hessischen, dem badischen und dem nassauischen StrGB. jede hilflose Person; Hamburg fordert nicht einmal Hilflosigkeit der Person, sondern nur Hilflosigkeit der Lage, in die sie versetzt wird.

Die gegen dieses Angriffsobjekt gerichtete Tätigkeit wird von einem Teil der Gesetzbücher (Bayern 1813, Oldenburg, Württemberg, Hannover) als „von sich tun und in hilflosen Zustand versetzen“ oder ähnlich bezeichnet. Während diese Gesetzbücher also nur der Aussetzung im engeren Sinne gedenken, redet das sächsische StrGB. von 1838, eine von seinem Miturheber Tittmann (Handbuch I 2. A. 1822 S. 416) begründete Unterscheidung aufnehmend, und ihm folgend die Gesetzbücher von Braunschweig, Hessen, Baden, Nassau, Thüringen, Preußen, Sachsen 1855, Bayern 1861, Hamburg von „aussetzen oder in einem hilflosen Zustande verlassen“ oder ähnlich. Daß dieses Aussetzen oder in einem hilflosen Zustande Verlassen nicht begriffsnotwendig eine Gefährdung der ausgesetzten oder verlassenen Person enthalte, beweist der Umstand, daß alle diese Gesetzbücher außer Preußen und Bayern 1861 den Fall, daß eine Gefahr nicht zu befürchten war, als minder schwer zu bestrafenden Sonderfall ausdrücklich erwähnen. Der preußische und der reichsdeutsche Gesetzgeber haben dieselben Worte übernommen, dürften also wohl kaum mit dem bisher mit ihnen verbundenen Sinne haben brechen wollen.[1]) Dennoch haben die preußische und die reichsdeutsche Praxis angenommen, daß zum Aussetzen und zum Verlassen in hilfloser Lage begriffsnotwendig eine Gefährdung gehöre.[2])

Subjekt nicht nur der Verlassung, sondern auch der Aussetzung im engeren Sinne kann fast überall nur eine obhutpflichtige Person sein; allein Preußen hat die im heutigen Reichsstrafrecht geltende Beschränkung des Erfordernisses der Obhutpflicht des Täters auf den Fall der Verlassung. In der von der preußischen abweichenden Formulierung dieser Obhutpflicht stehen dem RStrGB. am nächsten das hessische und das nassauische StrGB.

d) Schuld. Überall ist nur die vorsätzliche Aussetzung strafbar. Außer dem Vorsatze fordern in verschiedener Formulierung ausdrücklich die Absicht, sich der Fürsorgepflicht zu entledigen, die Gesetzbücher von Hannover, Hessen, Baden, Nassau, Bayern 1861. Die Streichung dieses althergebrachten Tatbestandsmerkmals in den übrigen StrGB., insbesondere dem preußischen, enthält jedoch eine sachliche Neuerung nicht.[3]) Das Aussetzen

[1]) Vergl. H. Schmidt S. 56—60.

[2]) Auch auf Grund des preuß. StrGB. nimmt noch Beseler, Kommentar 1851 § 183 II die Strafbarkeit ungefährlicher Aussetzung und Verlassung an.

[3]) A. M. H. Schmidt S. 56—60.

und das Verlassen in hilfloser Lage schließen eine solche Entledigungsabsicht bereits begriffsnotwendig ein und sind in der preußischen wie in der reichsdeutschen Praxis auch nie anders verstanden worden.

e) Arten. Die Arten der Aussetzung ergeben sich in fast allen Gesetzbüchern daraus, daß die Rettung des Ausgesetzten entweder mit Wahrscheinlichkeit nicht zu erwarten oder mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten oder Gefahr überhaupt nicht vorhanden ist, ferner daraus, daß die Aussetzung entweder ohne schlimme Folgen blieb oder eine Körperverletzung oder gar den Tod des Ausgesetzten herbeiführte. Seltener wird berücksichtigt, ob die Aussetzung von einer unehelichen Mutter gegen ihr neugeborenes Kind verübt wurde. Nur Bayern 1861 endlich bestraft die Eltern schwerer als Dritte.

Die Bestimmungen sind großenteils außerordentlich kasuistisch. Die Palme gebührt in dieser Beziehung Hessen und Nassau mit ihren 16 verschiedenen Strafrahmen für Aussetzung!

f) Rechtsgut. Welches Rechtsgut haben nun die geschilderten Strafbestimmungen im Auge?

In der Mehrzahl der StrGB. erscheint die Aussetzung unter den Verbrechen gegen das Leben, wird also, da sie Verletzung des Lebens nur ausnahmsweise ist, als gegen das Leben gerichtetes Gefährdungsdelikt[1]), und zwar, da die Gefährdung im Einzelfall außer in der preußischen und reichsdeutschen Praxis nirgends verlangt wird, nur als abstraktes Gefährdungsdelikt aufgefaßt. Die preußische und die reichsdeutsche Praxis machen sie, indem sie das früher mehrfach geforderte Tatbestandsmerkmal der Gefährdung wieder aufnehmen, zum konkreten Gefährdungsdelikt.

Von denjenigen StrGB. dagegen, welche der Aussetzung einen besonderen Titel einräumen, geben das hessische und das nassauische deutlich zu erkennen, daß sie in ihr vorzugsweise eine Verletzung der Fürsorgepflicht erblicken. Denn in ihrer Nachbarschaft erscheint hier die eigennützige Überlassung des Kindes seitens der Eltern an Bettler, Landstreicher und Gaukler[2]), und eine diese Zusammenstellung rechtfertigende Identität des von den beiden Straftaten angegriffenen Rechtsgutes liegt nur dann vor, wenn das Gesetz in der Aussetzung eine Verletzung der Fürsorgepflicht, nicht wenn sie in ihr eine Gefährdung von Leib und Leben erblickt.

3. Die Aussetzung im geltenden deutschen Recht.

a) Stellung. Das RStrGB. behandelt die Aussetzung in seinem § 221 unter den „Verbrechen und Vergehen wider das Leben“.

b) Handlung.

[1]) H. Schmidt S. 31—48 leugnet dies, weil er nur die besondere Kategorie des konkreten Gefährdungsdelikts berücksichtigt.

[2]) Ähnliche Strafdrohungen bringen in dem die Verbrechen gegen die Freiheit behandelnden Abschnitte Sachsen 1838 Art. 146, Braunschweig § 169 Abs. 2, Baden § 272, Thüringen Art. 142, Sachsen 1855 Art. 146. Sie dürften auf eine Anregung Kleins (Anmerkung zu Quistorp I 2 Abt. [6] 1810 § 279) zurückzuführen sein.

α) Angriffsobjekt der Aussetzung ist ein wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit[1]) hilfloser, d. h. zur Erhaltung seines Lebens fremder Hilfe bedürftiger[2]) Mensch.

β) Erfolg ist eine hilflose Lage eines solchen Menschen, d. h. eine Lage, in der nicht mit Sicherheit auf die zur Erhaltung seines Lebens[3]) notwendige fremde Hilfe gerechnet werden kann.[4])

γ) Mittel zur Herbeiführung der hilflosen Lage ist die für den Hilfsbedürftigen unüberwindliche[5]) räumliche Trennung von seinem Hüter. Für eine solche Trennung kann man durch folgende drei Verhaltensweisen verantwortlich werden:

αα) dadurch, daß der Hilfsbedürftige von seinem Hüter entfernt wird: Verbringen in hilflose Lage, „Aussetzung"[6]) im engeren Sinne.[7]) Täter kann hier jedermann, der Hüter selbst wie irgend ein Dritter, sein;

ββ) dadurch, daß der Hüter sich von dem Hilfsbedürftigen entfernt[8]): Verlassen in hilfloser Lage.[9]) Durch seinen Fortgang in hilflose Lage

---

[1]) Ob auch Trunkenheit hierher gehöre, ist Streitfrage. Das Reichsgericht (E. 5, 393—394) bejaht sie.

[2]) „Das Gesetz hätte also statt des Ausdruckes ‚hilflos' besser die Bezeichnung ‚hilfsbedürftig' gewählt." Henning, Aussetzung, Tübinger Diss. 1899 S. 10.

[3]) Nach verbreiteter Ansicht genügt, daß nicht mit Sicherheit auf die zur Erhaltung seiner Gesundheit notwendige fremde Hilfe gerechnet werden könne. Dies widerspricht der Stellung der Aussetzung unter den „Verbrechen und Vergehen wider das Leben".

[4]) Nicht hilflos ist die Lage, wenn der Aussetzende heimlich wartet, bis man sich des Ausgesetzten annimmt (RG. E. 2, 15, R. 7, 250. AM. Henning S. 16, 17, 29).

[5]) Die Unüberwindlichkeit kann nicht nur auf der Weite der Entfernung und der Unbekanntheit des Weges, sondern auch auf der Sperrung des Weges, z. B. durch eine geschlossene Tür beruhen (RG. E. 8, 345. A. M. Frank § 221 II 2).

[6]) „Aussetzung" im § 221 = „Aussetzung in hilfloser Lage" in § 234. A. M. Hälschner II 141.

[7]) Die Aussetzung i. e. S. wird häufig mit der zu ββ zu besprechenden Verlassung zusammen einem Begriffe der Verlassung i. w. S. untergeordnet: die Aussetzung ist dann Verlassung mit, die Verlassung i. e. S. Verlassung ohne vorangegangene Fortschaffung. Die Aussetzung ist aber nicht begriffsnotwendig zugleich Verlassung. Sie kann auch begangen werden durch psychischen Zwang zur Selbstentfernung (RG. nach GA. 45, 347, E. 31, 165, DJZ. III 62) und besteht dann lediglich in der Fortschaffung ohne nachfolgende Verlassung.

[8]) Wenn der Hüter von dem Hilfsbedürftigen sich nicht selbst entfernt, sondern durch einen Dritten entfernt wird, liegt mittelbare Begehung durch diesen Dritten vor.

[9]) Man hat Aussetzung und Verlassung als verschiedene Formen der Herbeiführung der hilflosen Lage in der Weise aufgefaßt, daß sie bei jener durch Handlung, bei dieser durch Unterlassung herbeigeführt werde, jene reines Kommissivdelikt, diese Kommissivdelikt durch Unterlassung sei. Wäre dies richtig, so würde man sich in einem künftigen Strafgesetzbuch die Erwähnung der Verlassung neben der Aussetzung ersparen können; denn nach heute üblicher Gesetzestechnik wird immer nur das reine Kommissivdelikt ausdrücklich namhaft gemacht, und gilt dann das Kommissivdelikt durch Unterlassung als stillschweigend mitbezeichnet. Aber jene Ansicht ist nicht richtig. Die Verlassung ist dem Sprachgebrauch nach ebenso oft ein Tun wie ein Unterlassen. Tun, wenn die Obhut unter den gegebenen Umständen das Fortgehen von dem Kinde verbot, Unterlassen, wenn sie das Mitnehmen des Kindes gebot. Und desgleichen kann die Aussetzung ebensowohl Unterlassen wie Tun sein; Aussetzung durch Unterlassung liegt z. B. vor, wenn der Vater sein Kind am Fortlaufen nicht verhindert hat, obwohl er wußte, daß es sich verirren werde

versetzen kann den Hilfsbedürftigen aber nur, wer ihm bisher Hilfe gewährt hat. Täter der Verlassung in hilfloser Lage kann deshalb begriffsnotwendig und kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nur jemand sein, unter dessen Obhut, d. h. zugleich Macht und Sorge, der Hilfsbedürftige steht[1]);

$\gamma\gamma$) dadurch, daß der Hüter eine bestehende räumliche Trennung zwischen ihm und dem Hilfsbedürftigen nicht aufhebt: Belassen in hilfloser Lage. Täter dieses reinen Omissivdelikts kann nur sein, wer die Pflicht zum Handeln, zur Aufhebung jener Trennung, zur Obhut über den Hilfsbedürftigen hat oder, wie das Gesetz kasuistisch sagt, „für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme desselben zu sorgen hat".[2]) Um-

(Frank § 221 II 2; andere nehmen hier freilich Verlassung an). Aussetzung und Verlassung unterscheiden sich also nicht wie Begehung durch Tun und Begehung durch Unterlassen, sondern nach dem im Text angewendeten Unterscheidungsgrunde: ob die Trennung durch Fortbewegung des Subjekts oder des Objekts geschah. — Ist es schon unrichtig die Verlassung durchweg als Kommissivdelikt durch Unterlassung aufzufassen, so ist es doppelt unrichtig, in ihr ein reines Omissivdelikt zu sehen. Die Verlassung in hilfloser Lage ist zwar insofern Nichtänderung der Außenwelt, als bei ihr der Hilfsbedürftige an seinem Platze bleibt. Aber rechtlich relevant an ihr ist ja nicht lediglich, daß der Hilfsbedürftige an seinem Platze bleibt, sondern, daß er allein an seinem Platze bleibt, und daß er allein an seinem Platze bleibt, ist zweifellos eine Veränderung der Außenwelt gegen früher, wo er unter Obhut war.

[1]) Gestritten wird, ob die Obhut ein bloß faktisches oder ein juristisches Verhältnis ist. Wer in der Verlassung ein Kommissivdelikt durch Unterlassung sieht, muß schon aus diesem Grunde eine Rechtspflicht zur Obhut fordern, weil nur die rechtswidrige Unterlassung für einen Erfolg verantwortlich macht. Von der Ansicht des Textes aus gelangt man zu der gleichen Forderung durch folgende Erwägung: Soll der Hilfsbedürftige erst durch die Verlassung hilflos geworden sein, so muß er bis zum Momente der Verlassung, also nicht nur bis zum Ende der tatsächlichen Hilfsbereitschaft unter Obhut gestanden haben. Obhut muß also etwas anderes sein als tatsächliche Hilfsbereitschaft. Sie muß aber auch etwas anderes sein als die ethische oder rechtliche Pflicht zur Hilfsbereitschaft; denn diese besteht auch über den Moment der Verlassung hinaus fort. Sie kann nun sein die tatsächliche Verwirklichung einer rechtlichen Pflicht zur Hilfsbereitschaft; denn diese dauert anders als die tatsächliche Hilfsbereitschaft, anders auch als die tatsächliche Verwirklichung einer ethischen Pflicht zur Hilfsbereitschaft nicht nur bis zur Aufgabe des Hilfsbereitschaftswillens; sondern der Natur des Rechts als einer äußeren Zwangsordnung gemäß bis zur äußeren Bekundung dieser Aufgabe, bis zur Verlassung fort, ohne sie andererseits zu überdauern. Eine bis zur und nur bis zur Verlassung fortdauernde Obhut, wie sie § 221 fordert, ist also nur denkbar als Verwirklichung einer rechtlichen Obhutpflicht. — Gestritten wird ferner, ob eine solche Obhutpflicht nur durch Gesetz oder auch durch Vertrag und vorausgegangenes Handeln, insbesondere tatsächliche Übernahme der Obhut begründet werden kann. Bejahend RG. E. VIII 205, XXXI 165.

[2]) Das Gesetz scheidet diesen Fall aus dem „Verlassen in hilfloser Lage" nicht aus. Da aber aus der im § 221 gegebenen Disjunktion von Personen, welche den Hilfsbedürftigen unter ihrer Obhut, und solchen, welche für eine Unterbringung, Fortschaffung und Aufnahme zu sorgen haben, zu schließen ist, daß die letzteren ihn nicht unter ihrer Obhut haben, nach dem zu $\beta\beta$ Ausgeführten aber den Hilfsbedürftigen verlassen kann nur, wer ihn unter seiner Obhut hat, so muß das „Verlassen" hier notwendig in ein „Belassen in hilfloser Lage" umgedeutet werden. Vergl. insbesondere Hälschner II 80. Wer auch hier an dem zu $\beta\beta$ entwickelten Verlassen festhalten will, muß den zur Unterbringung, Fortschaffung und Aufnahme Verpflichteten notwendig die Obhut zusprechen und folgeweise die Sorge für die Aufnahme, da der Aufnahmepflichtige die Obhut noch nicht hat, in die Sorge für die Aufnahme bei anderen umdeuten, das Nichtaufnehmen also straflos lassen.

gekehrt genügt das Nicht-Unterbringen, Nicht-Fortschaffen oder Nicht-Aufnehmen des Hilfsbedürftigen durch den Verpflichteten nur, wenn die zu beseitigende hilflose Lage in räumlicher Trennung des Hilfsbedürftigen von dem Obhutpflichtigen, nicht wenn sie in anderen Tatsachen ihren Grund hat.[1])

c) Vorsatz ist zur Bestrafung der Aussetzung i. e. S. ihrem Begriffe nach, der Verlassung kraft gesetzlicher Vorschrift erforderlich. Der Vorsatz geht auf das Verbringen, Verlassen oder Belassen einer zur Erhaltung ihres Lebens fremder Hilfe bedürftigen Person in eine oder einer Lage, in welcher auf fremde Hilfe nicht mit Sicherheit gerechnet werden kann. Die Lebensgefahr des Ausgesetzten ergibt sich aus diesen vom Vorsatz des Täters umfaßten Umständen erst durch einen Schluß, welchen der Täter nicht gezogen zu haben braucht. Der Vorsatz ist also zwar fast immer, aber nicht notwendig Gefährdungsvorsatz.[2])

Außer dem Vorsatze dürfte, weil in den Begriffen Aussetzung und Verlassung bereits enthalten, die Absicht, sich der Fürsorge für den Ausgesetzten oder Verlassenen endgültig zu entledigen, zu fordern sein.[3]) Obgleich die Literatur von einem solchen Erfordernis gewöhnlich schweigt[4]), sieht doch die Rechtsprechung nirgends ein nur vorübergehendes Alleinlassen eines Hilfsbedürftigen als strafbare Aussetzung an.

d) Arten. Das StrGB. unterscheidet folgende Arten der Aussetzung:

α) die nicht durch einen Erfolg qualifizierte Aussetzung, und zwar

αα) die nicht von den leiblichen Eltern gegen ihr Kind begangene (§ 221 Abs. 1),

ββ) die von den leiblichen Eltern gegen ihr Kind begangene Aussetzung (§ 221 Abs. 2);

β) die durch einen Erfolg, und zwar

αα) eine schwere Körperverletzung im Sinne des § 224 (vergl. § 227),

ββ) den Tod des Ausgesetzten qualifizierte Aussetzung (§ 221 Abs. 3).

e) Versuch. Der Versuch des Vergehens (§ 1) der beiden ersten Absätze ist mangels besonderer Bestimmung straflos (§ 43 Abs. 2). Ob der

---

[1]) Da nämlich der Grund der Umdeutung des „Verlassens“ in das „Belassen in hilfloser Lage“ nur in der in den einschlägigen Fällen fehlenden Obhut liegt, dieser Grund aber nur einen Unterschied zwischen „Verlassen“ und „Belassen“ fordert und duldet: daß jenes eine hilflose Lage hervorbringt, dieses eine solche bestehen läßt, so müssen sich „Verlassen“ und „Belassen“ in allen übrigen Merkmalen decken. Wenn also das Verlassen in hilfloser Lage die Hervorbringung einer hilflosen Lage durch räumliche Trennung des Hüters von dem Hilfsbedürftigen ist, so darf auch aus dem Belassen dieses Moment der räumlichen Trennung nicht gestrichen werden, muß es vielmehr als Nichtbeseitigung einer infolge räumlicher Trennung zwischen Hüter und Hilfsbedürftigem bestehenden hilflosen Lage angesprochen werden. So RG. E. VIII 345.

[2]) Vergl. Hugo Meyer, Lehrb. 5. A. 1895 S. 485.

[3]) Vergl. oben zu 2d.

[4]) Vergl. jedoch Ziehm, Aussetzung, Greifswalder Diss. 1897 S. 35. Auch Schütze, Deutsches Strafrecht, 1874 S. 394 fordert ein definitives, endgültiges, dauerndes Aussetzen oder Verlassen, und Schwarze, Kommentar (5. A. 1884) § 221 zu 2 sagt: „Die Aussetzung erfolgt animo abdicandi, im Gegensatze zum animus necandi.“

(nach § 43 strafbare) Versuch des Verbrechens (§ 1) des letzten Absatzes denkbar ist, ist nur Spezialfall einer hier nicht zu behandelnden allgemeineren Streitfrage.

f) Strafe. Die Strafe ist in den beiden ersten Fällen Gefängnis, in den beiden letzten Zuchthaus, daneben fakultativ Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (§ 32). Von dem Eintritt eines — nach herrschender Meinung — zufälligen Erfolges hängt es also ab, ob den Täter eine entehrende (vergl. §§ 20, 31) Strafe trifft! Und zwar muß hier bei zufälliger Tötung immer auf Zuchthaus erkannt werden, während § 217 bei vorsätzlicher Tötung im Falle mildernder Umstände Gefängnis zuläßt!

g) Rechtsgut. Aus der systematischen Stellung der Aussetzung in unserem StrGB. ergibt sich, daß sie als Delikt gegen das Leben aufzufassen ist. Da ihr Erfolg nicht notwendig Verletzung des Lebens ist, kann sie nur Gefährdungsdelikt sein. Und zwar stellt sie eine Zwischenbildung zwischen abstraktem und konkretem Gefährdungsdelikt dar: objektiv muß, wie beim konkreten Gefährdungsdelikt, in jedem Einzelfalle Gefährdung vorliegen, es ist unmöglich, eine hilflose Person in hilfloser Lage auszusetzen ohne Gefährdung derselben; der Vorsatz aber braucht, wie beim abstrakten Gefährdungsdelikt, diese Gefährdung nicht mit zu umfassen. (Vergl. oben zu c.)

h) Kritik. Unser StrGB. hat die Auffassung der Aussetzung als Lebensgefährdung nicht folgerichtig zu Ende gedacht. Gibt es nicht noch andere ebenso schwere, ebenso strafwürdige Gefährdungen des Lebens wie die Aussetzung, die dennoch straflos bleiben? Ist die Strafdrohung gerade an die Aussetzung deshalb geknüpft, weil sie die ärgste Gefährdung des Lebens darstellt? Oder nicht vielmehr, weil man kraft des Gesetzes der Beharrung einen altherkömmlichen Deliktsbegriff einfach übernahm, der sich herausgebildet hatte in einer Zeit, in der man sich zwar über die Strafwürdigkeit jenes Delikts, nicht aber über ihre Gründe klar war, in der man noch nicht erkannte, daß zwei Rechtsgüter zugleich durch die Aussetzung getroffen würden — Leben und Fürsorgerecht —, von denen jedes auch in den Fällen nicht gleichzeitiger Verletzung des anderen des Strafschutzes würdig sei, oder in der man in der Aussetzung neben der Gefährdung des Lebens zugleich auch die Verletzung der Fürsorgepflicht genügend treffen zu können meinte?

Und wird wenigstens diese durch die Aussetzungsstrafe genügend getroffen? Bleibt nicht die gänzliche Aufgabe der Fürsorge ohne gleichzeitige Lebensgefährdung, beispielsweise das Verhalten der Mutter, die ihr Kind aussetzt, aber nicht eher verläßt, als sie sich von ihrem Verstecke aus von seiner Aufnahme durch eine milde Hand überzeugt hat, straflos?[1]) Und

[1]) Gegen diesen Mangel richtet sich die oben (S. 187 Anm. 2) angeführte Dissertation von Heinrich Schmidt. Auch v. Liszt, Lehrb. 14./15. A. S. 322 Anm. 2 erklärt eine „Erweiterung des Gesetzes auf Zurücklassung von Kindern in nicht hilfloser Lage, z. B. im Eisenbahnwartesaal“ für wünschenswert.

bleiben nicht vollends alle noch so schweren Verletzungen einzelner Fürsorgepflichten ungeahndet?

Unser StrGB. will mit der Aussetzungsstrafe zwei Rechtsgüter gleichzeitig schützen und schützt deshalb beide unvollkommen: es bedroht die Lebensgefährdung nicht, soweit nicht zugleich Verletzung der Fürsorgepflicht, die Verletzung der Fürsorgepflicht nicht, soweit sie nicht zugleich Lebensgefährdung ist.

Aber auch, wenn man mit dem geltenden Rechte an der Strafbarkeit nur der mit einer Verletzung der Fürsorgepflicht zusammentreffenden Lebensgefährdung, der mit einer Lebensgefährdung zusammentreffenden Verletzung der Fürsorgepflicht festhält, bleibt manches zu erinnern. Warum die Beschränkung der möglichen Objekte des Delikts auf die wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit, Krankheit Hilflosen, der Ausschluß aller aus andern Gründen Hilflosen?[1]) Warum die Beschränkung der möglichen Subjekte des Belassens in hilfloser Lage auf diejenigen, die für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme zu sorgen haben, der Ausschluß anderer Personen, welche die Obhut nicht haben, aber zu übernehmen verpflichtet sind? Warum schließlich die Beschränkung der Strafbarkeit des Verbringens und Verlassens, vorzüglich aber des Belassens in lebensgefährliche bezw. lebensgefährlicher Lage auf den Fall, in welche die Lebensgefahr in der räumlichen Trennung des Hilfsbedürftigen von seinem Hüter ihren Grund hat?[2])

4. Die Aussetzung im ausländischen Strafrecht. (Französischer Code pénal von 1810 Art. 349—353, Neue Fassung: Kinderschutzgesetz vom 19. April 1898; österreichisches Strafgesetz von 1852 Art. 144—148; englische Offences against the Person Act von 1861 chapter 100 section 27 [24 u. 25 Vict. c. 100 s. 27] und Prevention of Cruelty to Children Act von 1894 chapter 41 section 1 [57 u. 58 Vict. c. 41 s. 1][3]); niederländisches Wetboek van Strafrecht von 1881 Art. 255—260; italienischer Codice Penale von 1889 Art. 386—389; norwegisches Allgemeines bürgerliches Strafgesetz von 1902 § 242; russisches StrGB. von 1903 §§ 489—497; österreichischer Entw. von 1891 § 225; nordamerikanischer Entw. von 1901 sect. 294; schweizerischer Vorentwurf von 1903 Art. 65.)

a) Stellung. Die Aussetzung begegnet unter den Verbrechen gegen das Leben (Österreich 1891), gegen Leib und Leben (Norwegen, Schweiz), gegen die Freiheit (Finnland 1889 Kap. 25 § 3), gegen die Familien-

[1]) Vergl. Wachenfeld in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie II S. 296: „Der Führer, der den Hochtouristen im kritischen Augenblicke im Stiche läßt und in größte Lebensgefahr bringt, kann nach positivem Recht wegen Aussetzung nicht bestraft werden."

[2]) A. M. RG. E. 8, 346: Wenn für die Strafbarkeit des Verlassens Vertragspflicht zur Obhut genüge, so sei es bedenklich, jede Vernachlässigung der Fürsorgepflicht für strafbar zu erklären und werde besser räumliche Trennung gefordert.

[3]) Das Verhältnis dieser beiden Bestimmungen zueinander ist dies: die ältere bedroht nur die Aussetzung von Kindern unter 2 Jahren, die jüngere gewährt auch älteren Kindern, bis zu 16 Jahren den Strafschutz.

ordnung (Belgien 1867 Art. 354), gegen den Zivilstand (Portugal 1886 Art. 345; in Frankreich in dem gleichen Abschnitt mit den Verbrechen gegen den Zivilstand, aber unter Bezeichnung als Verbrechen gegen die Existenz), in besonderem Abschnitt (Österreich 1852, Niederlande, Italien, Rußland) oder unter keiner engeren Rubrik (Nordamerika, England 24 u. 25 Vict. c. 100 s. 27). Die Auffassung als Lebens- und Leibesgefährdungsdelikt läßt sich aus der systematischen Stellung mit Sicherheit entnehmen für Frankreich 1810, Österreich 1852, England 24 u. 25 Vict. c. 100 s. 27, Norwegen, Rußland, Österreich 1891, Schweiz, die Auffassung als Verletzung der Fürsorgepflicht für England 57 u. 58 Vict. c. 41 s. 1.

b) Handlung.

α) Objekt. Wir haben hier zunächst zu unterscheiden diejenigen StrGB., die als Objekt der Aussetzung nur Kinder, und diejenigen StrGB., die als Objekt der Aussetzung auch Erwachsene ansehen. In die erste Kategorie gehören Frankreich vor der Novelle von 1898, Österreich 1852, England 1861 und 1894, Belgien 1867 Art. 354, Spanien 1870 Art. 501, Portugal 1886 Art. 345, Nordamerika und eine Reihe süd- und mittelamerikanischer StrGB. In die zweite Kategorie gehören dagegen Schweden 1864 Kap. 14 § 30, Dänemark 1866 § 197, Mexiko 1871 Art. 614, Ungarn 1878 § 287, Niederlande, Italien, Finnland 1889 Kap. 22 § 8, Kap. 25 § 3, Österreich 1891, Bulgarien 1896 § 280, Frankreich 1898, Japan (Entw.) 1899 Art. 276, Norwegen, Rußland, Schweiz und einzelne süd- und mittelamerikanische StrGB.

Das Kind darf, um taugliches Objekt der Aussetzung zu sein, nach einer Anzahl von Strafgesetzen eine bestimmte Altersgrenze nicht überschritten haben: 2 Jahre (England 24 u. 25 Vict. c. 100 s. 27), 6 Jahre (Nordamerika), 7 Jahre (Frankreich vor der Novelle), 12 Jahre (Italien) oder 16 Jahre (England 57 u. 58 Vict. c. 41 s. 1).. Nach der Mehrzahl der Strafgesetzbücher ist dagegen lediglich die Hilflosigkeit des Kindes Voraussetzung seiner Tauglichkeit zur Aussetzung.

Als zur Aussetzung taugliche Erwachsene werden bald nur gewisse Kategorien von Hilflosen — wegen Körper- oder Geisteskrankheit (Italien), wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustandes (Frankreich 1898) Hilflose —, bald alle Hilflosen ohne Unterschied (Österreich 1891, Rußland, Schweiz), bald endlich in der richtigen Erwägung, daß das Erfordernis der Hilflosigkeit der Person neben dem Erfordernis der Hilflosigkeit der Lage, in die sie verbracht oder in der sie verlassen oder belassen wird, ein Pleonasmus sei[1]), jedermann ohne Unterschied angesehen (Niederlande, Norwegen).

[1]) Unter einer „hilflosen Person“ ist eine hilfsbedürftige Person zu verstehen (vergl. oben S. 191 Anm. 2). Nun ist niemand immer hilfsbedürftig, jeder vielmehr nur in gewissen Lagen, die man als hilflose bezeichnet, und umgekehrt keine Lage für jedermann eine hilflose, jede nur für gewisse Personen, die man dann als hilfsbedürftige bezeichnet. Folglich ist mit dem Erfordernis einer hilfsbedürftigen Person

β) Erfolg. Als Erfolg fordern Lebensgefahr Österreich 1852 (Gefahr des Todes oder bloße Zufälligkeit der Rettung) und Rußland (mit sofort zu erwähnender Einschränkung), Lebens- oder Leibesgefahr Schweiz (Gefahr für das Leben oder schwere Gefahr für die Gesundheit) und England (nach 57 u. 58 Vict. c. 41 s. 1 genügt schon die Gefahr überflüssigen Leidens) hilflosen Zustand Niederlande[1]), Österreich 1891, Norwegen.

Als konkretes Gefährdungsdelikt, wenigstens dem objektiven Tatbestande nach, charakterisiert die Aussetzung ferner zwar nicht schon der Gesetzestext, wohl aber die Auslegung in Italien und in Frankreich 1810. Dort soll nach den Gesetzesmaterialien[2]), hier nach unbestrittener Praxis der die Aufnahme des ausgesetzten Kindes abwartende Aussetzer straflos bleiben. In Frankreich ist jedoch durch die Novelle von 1898, wie man aus deren Vorgeschichte folgert[3]), diesem Rechtszustande ein Ende gemacht, so daß nun auch Aussetzung ohne Gefährdung strafbar ist. Desgleichen droht Rußland speziell dem Obhutpflichtigen, Nordamerika uneingeschränkt[4]) auch für ungefährliche Aussetzung Strafe an. In Frankreich 1898, Nordamerika und in einem Spezialfall in Rußland ist also die Aussetzung Verletzung der Fürsorgepflicht oder höchstens abstraktes Gefährdungsdelikt.

γ) Tätigkeit. Am engsten wurde sie umschrieben in Frankreich 1810: hier wird gefordert Aussetzung und Verlassung, so daß sowohl Verlassung ohne vorgängige Aussetzung, wie Aussetzung ohne nachfolgende Verlassung, z. B. unter heimlicher Überwachung des Kindes bis zu einer Aufnahme durch einen Dritten[5]), straflos sind. Diesen Mängeln hat das Kinderschutzgesetz von 1898 abgeholfen, indem es Aussetzung oder Verlassung bedroht.[6])

Demnächst am engsten umgrenzen Österreich 1852 einerseits, Italien und Nordamerika andererseits den Aussetzungsbegriff: Österreich läßt nur das Aussetzen i. e. S., die „Weglegung", zur Strafbarkeit genügen, in der oben (S. 191 Anm. 9) zurückgewiesenen Ansicht, die Verlassung werde als Begehung der gleichen Straftat durch Unterlassung durch die Bedrohung

notwendig verbunden dasjenige einer hilflosen Lage, mit dem Erfordernis einer hilflosen Lage dasjenige einer hilfsbedürftigen Person und braucht deshalb nur eines von beiden ausgedrückt zu werden.

[1]) Niederlande Art. 256 bedroht den Obhutpflichtigen, der jemanden „in hilflosen Zustand bringt oder darin läßt", Art. 255 mit strengerer Strafe denjenigen, der ein Kind unter zwei Jahren „zu Findling legt oder in Entledigungsabsicht verläßt", ohne in diesem qualifizierten Falle des Erfordernisses der hilflosen Lage zu erwähnen. Während man nach den Materialien (vergl. Smidt II 1881 S. 361, 362) dieses Erfordernis nicht aufstellen gewollt zu haben scheint, macht jedoch Noyon (Wetb. v. Strafr. III 1905 S. 6, 7) es geltend.

[2]) Vergl. Crivellari, Komm. VII 1047; Tuozzi II 2 (1891) S. 498.

[3]) Vergl. Garraud V (2. A. 1901) S. 246, 247 und unten Anm. 5.

[4]) „ein Kind irgendwo verlassen, in der Absicht sich seiner gänzlich zu entledigen".

[5]) Während bei uns die Straflosigkeit dieses Falles aus dem Erfordernis der hilflosen Lage gefolgert wird, wurde sie in Frankreich aus dem Erfordernis der Aussetzung und Verlassung entnommen und deshalb jetzt als mit ihr beseitigt angesehen.

[6]) Wie dies Garraud IV (1891) S. 630 gefordert hatte.

der Weglegung stillschweigend mitbetroffen.[1]) Italien und Nordamerika bedrohen umgekehrt nur die Verlassung, in der gleichfalls oben (S. 191 Anm. 7) widerlegten Meinung, daß strafwürdige Aussetzung ohne nachfolgende Verlassung undenkbar sei.[2]) In demselben Irrtum stellt Rußland neben das Verlassen nur das Aussetzen mit nachfolgendem Verlassen.

Aussetzung oder Verlassung erklären gleich dem deutschen Strafgesetzbuch für strafbar England, Österreich 1891, Frankreich 1898.

Umfassender als nach deutschem Rechte wird die Aussetzung bestimmt in den Niederlanden, Norwegen und der Schweiz, indem dem Aussetzen und Verlassen das Belassen in gefährlicher Lage hinzutritt und das Erfordernis, daß diese gefährliche Lage gerade auf räumlicher Trennung des Hilfsbedürftigen von seinem Hüter beruhe, immer mehr verblaßt. Der schweizerische Entwurf stellt neben das Aussetzen das im Stiche Lassen in gefährlicher Lage, welches außer dem räumlichen Verlassen auch das Belassen in gefährlicher Lage in sich begreift, ohne daß im letzteren Falle gefordert würde, daß die gefährliche Lage gerade auf räumlicher Trennung des Hilfsbedürftigen von seinem Hüter beruhe. Die niederländische Bestimmung bedroht neben dem eine räumliche Trennung nicht fordernden Belassen in hilflosem Zustande, das Bringen in einen solchen, welches das Hervorbringen eines hilflosen Zustandes, sei es nun durch Aussetzung oder Verlassung[3]), sei es durch ein anderes Mittel als dasjenige der räumlichen Trennung umfaßt. Und inhaltlich übereinstimmend mit dem niederländischen Regelfall nennt Norwegen nebeneinander das Versetzen, Verlassen, Belassen. Auch die im schweizerischen Entwurf noch festgehaltene, eine räumliche Trennung bedingende „Aussetzung" ist also sowohl in den Niederlanden wie in Norwegen durch mit dem Begriffsmerkmal der Raumveränderung nicht behaftete Ausdrücke, „Bringen", „Versetzen" in hilflosen Zustand, ersetzt worden.

δ) Subjekt. Täter kann nach französischem und geltendem österreichischen Recht jedermann, nach englischem[4]), niederländischem[5]), italienischem, projektiertem nordamerikanischen immer nur ein Obhutpflichtiger sein. Aber als Subjekt auch der Verlassung und Belassung jedermann zulassen, heißt eine allgemeine Rechtspflicht zur „Menschenhilfe" aufstellen und umgekehrt: als Subjekt auch der Aussetzung nur den Obhutpflichtigen zulassen, heißt eine schwere Gefährdung Leibes und Lebens in vielen Fällen straflos lassen. Deshalb fordern gleich unserem StrGB. mit Recht Österreich 1891,

[1]) Vergl. Finger, (österr.) Strafrecht II (1895) S. 66.

[2]) Vergl. Crivellari VII 1050.

[3]) Vergl. Smidt zu der einschlägigen Bestimmung.

[4]) Für England ist dies in 52 u. 58 Vict. c. 41 s. 1 (Aussetzung von Kindern unter 16 Jahren) ausdrücklich bestimmt. Im Falle 24 u. 25 Vict. c. 100 s. 27 (Aussetzung von Kindern unter 2 Jahren) scheint es, wenigstens für den Fall der Aussetzung i. e. S., von der Praxis verlangt zu werden (vergl. Stephen Cr. L. 6. A. 1904 S. 222).

[5]) Hier kann jedoch in dem Spezialfall der Aussetzung eines Kindes unter 2 Jahren Täter des „zu Findling Legens" nicht auch des „Verlassens" jedermann sein.

Norwegen, Rußland, Schweiz als Täter die Verlassung oder Belassung eines Obhutpflichtigen, während sie als Täter der Aussetzung i. e. S. jedermann zulassen.

c) Rechtswidrigkeit. Als ein die Rechtswidrigkeit speziell der Aussetzung ausschließender Umstand kommt für diejenigen Länder, welche Findelhäuser mit Drehladen besitzen, die Benutzung einer solchen zur Aussetzung in Frage. In der Tat erklären Bolivia 1834 (Art. 570—577), Chile und Costa Rica 1874/1880 (Art. 346—352), Portugal 1886 Art. 345 diesen Fall für straflos. Dagegen haben Frankreich und Italien entsprechende Bestimmungen nicht. Nach dem Code pénal von 1810 war die Strafbarkeit der Aussetzung im Tour eines Findelhauses davon abhängig, ob die Mutter sich entfernte, bevor, oder, nachdem das Kind im Innern des Findelhauses bemerkt wurde![1]) Nach der Novelle von 1898 muß sie dagegen unbedingt als strafbar angesehen werden.[2])

d) Schuld. Überall wird nur die vorsätzliche Aussetzung bestraft. Nirgends hat man sich die Auffassung des großen nordischen Denkers angeeignet, daß Fahrlässigkeit gar oft belastender ist als Vorsatz.[3]) Die Absicht, sich der Fürsorge gänzlich zu entledigen, fordert Nordamerika. Soweit noch in alter Weise „Aussetzung“ oder „Verlassung“ bedroht werden, wird aber diese Absicht als notwendiges Merkmal jener Begriffe auch trotz des Mangels ausdrücklicher Erwähnung zu fordern sein.[4]) Anders nach niederländischem, norwegischem, projektiertem schweizerischen Recht! (Vgl. oben unter b γ.)

e) Strafbarkeit. Norwegen macht die Aussetzung zum Antragsdelikt, „es sei denn, daß das Verbrechen den Tod zur Folge hat, oder daß allgemeine Rücksichten die Verfolgung fordern“.

f) Teilnahme. Das französische Kinderschutzgesetz von 1898 hat es für nötig befunden, neben der Aussetzung und Verlassung auch die Anstiftung zur Aussetzung und Verlassung ausdrücklich zu erwähnen, wodurch diese im Gegensatz zu Art. 60 C. P. auch, wenn nicht durch Versprechungen, Geschenke, Drohungen begangen, strafbar wird und im Falle der Täterschaft der Eltern usw. als delictum sui generis nicht unter den für jene geltenden strengeren Strafrahmen fällt.[5])

g) Arten. Zur Herstellung von privilegierten oder qualifizierten Fällen der Aussetzung bedient sich das ausländische Recht folgender Merkmale:

α) Einsamer Ort der Aussetzung: Frankreich, Italien, Österreich 1852 (welches der Aussetzung an einsamem Orte die Aussetzung unter geringer Rettungsaussicht gleichstellt).

---

[1]) Vergl. Garraud IV (1891) S. 635, 636; Chauveau et Hélie IV (1872) S. 441.

[2]) Vergl. Garraud V (2. A. 1901) S. 252—254.

[3]) Henrik Ibsen, Hedda Gabler Akt III Szene 10.

[4]) Vergl. z. B. Garraud V (2. A. 1901) S. 250.

[5]) Vergl. Annuaire de législation française XVIII S. 275—277. — Auch England (57 u. 58 Vict. c. 41 s. 1) erwähnt neben Aussetzung und Verlassung die Veranlassung oder Beredung, Norwegen (in allgemeinerer Gepflogenheit) die Mitwirkung als delictum sui generis.

β) Verursachung des Todes oder einer Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung: Frankreich, Niederlande, Italien, Österreich 1891, Norwegen — oder lediglich des Todes: Österreich 1852, Schweiz.

γ) Begehung durch die Eltern: Niederlande, Italien, Österreich 1891 — oder auch andere Obhutpflichtige: Frankreich. Inwieweit die Obhutpflicht nicht als strafschärfender sondern als strafbegründender Umstand in Betracht kommt, wurde oben (Nr. b δ) bereits dargelegt, und es bleibt hier nur nachzutragen, daß Rußland nicht nur stets zur Strafbarkeit der Verlassung, sondern unter Umständen auch zur Strafbarkeit der Aussetzung Obhutpflicht des Täters fordert: dann wenn die Aussetzung ohne Gefährdung geschah.

δ) Begehung an einem Kinde unter 7 Jahren: Niederlande. (Es ist jedoch dieser qualifizierte Fall nicht lediglich durch eine engere Abgrenzung des Objekts, sondern auch durch eine engere Abgrenzung der Tätigkeit und Absicht und eine weitere Abgrenzung des Subjekts von der Normalbestimmung unterschieden. Die Tätigkeit ist nicht jedes in einen hilflosen Zustand Bringen oder darin Lassen, sondern nur die Gefährdung durch räumliche Trennung, nur das „zu Findling legen oder Verlassen". Und sie darf nicht in beliebiger, sondern muß in Entledigungsabsicht geschehen sein. Sie ist endlich andererseits, wenigstens soweit sie unter den Begriff des „zu Findling Legens" fällt, nicht nur, wenn von einem Obhutpflichtigen begangen, sondern auch sonst strafbar.[1]))

Auch England formuliert die Aussetzung von Kindern unter 2 Jahren (24 u. 25 Vict. c. 100 s. 27) und die Aussetzung von Kindern zwischen 2 und 16 Jahren (57 u. 58 Vict. c. 41 s. 1) nicht ganz gleich, indem es insbesondere die letztere stets nur bei Begehung durch einen Obhutpflichtigen bestraft. (Vgl. oben zu b δ.)

h) Pekuniäres Interesse an dem Tode des Ausgesetzten: England.

i) Motiv der Rettung der äußerlichen Geschlechtsehre: Niederlande, Italien.

5. Die Aussetzung im zukünftigen deutschen Strafrecht. Es kann keinem Zweifel mehr unterliegen, daß die Aussetzung im deutschen wie im ausländischen Rechte immer folgerichtiger als Gefährdung Leibes und Lebens aufgefaßt wird. Die Verletzung der Fürsorgepflicht durch Aussetzung wird zunächst unter den Gesichtspunkt der abstrakten Leibes- und Lebensgefährdung gebracht, und aus der abstrakten wird dann die konkrete Gefährdung durch Aussetzung.

Durch Aussetzung: diese enge Umgrenzung unseres Tatbestandes ist noch eine Restwirkung der historischen Zufälligkeit, daß sich die Strafwürdigkeit der Gefährdung Leibes und Lebens zuerst an einem Spezialfall, in welchem sie sich mit der Verletzung der Fürsorgepflicht verbindet, eben der Aussetzung, aufgedrängt hat. Denn weder erschöpft der Spezialfall der Aussetzung alle Möglichkeiten der Leibes- und Lebensgefährdung, noch

[1]) Vergl. oben S. 198 Anm. 5.

dürfte er sich als der schwerste und strafwürdigste unter allen ihren Fällen erweisen lassen. Die Strafdrohung gegen die Gefährdung Leibes und Lebens durch Aussetzung muß also folgerichtig auf alle Gefährdungen Leibes und Lebens erweitert werden. Einer solchen Erweiterung haben die neueren Strafgesetzbücher bereits vorgearbeitet. Fügen wir die einzelnen einer Erweiterung bereits unterzogenen Merkmale des Aussetzungstatbestandes, wie sie sich über diese Gesetzbücher hin zerstreut finden — Subjekt jedermann, nicht nur der Obhutpflichtige; Objekt jedermann, nicht nur der Hilflose; Erfolg der aus irgend welchem Grunde gefährliche, nicht nur der hilflose Zustand; Tätigkeit jede Herbeiführung eines solchen Zustandes, nicht nur seine Herbeiführung durch räumliche Trennung in Entledigungsabsicht — fügen wir diese erweiterten Tatbestandsmerkmale verschiedener Strafgesetzbücher zu einem einheitlichen Tatbestand zusammen, so sind wir bereits angelangt bei einem allgemeinen Gefährdungsdelikt gegen Leib und Leben, wie es der schweizerische Vorentwurf von 1903 so formuliert: „Wer einen Menschen wissentlich und gewissenlos in unmittelbare Gefahr für das Leben oder in schwere Gefahr für die Gesundheit bringt, wird usw. bestraft".

Zu einer ähnlichen Bestimmung wäre also in einem künftigen StrGB. der jetzige Aussetzungsparagraph zu erweitern. Gegen ein solches allgemeines Leibes- und Lebensgefährdungsdelikt ist nun geltend gemacht worden[1]), Gefährdungsdelikte seien stets als Delikte mit geschlossenen Mitteln auszugestalten, nicht die Gefährdung schlechthin, sondern nur die Gefährdung durch bestimmt bezeichnete außergewöhnlich gefahrvolle Verhaltensweisen seien zu bedrohen, weil, wer nicht überhaupt untätig bleiben will, notwendig ununterbrochen Rechtsgüter gefährde und deshalb eine Bedrohung der Gefährdung eines Rechtsguts schlechthin eine unerträgliche Beschränkung menschlicher Handlungsfreiheit bilden würde. Dieser Einwand könnte aber mit dem gleichen Rechte auch gegen die Bedrohung fahrlässiger Delikte erhoben werden: Auch ein fahrlässiges Delikt setzt lediglich Unvorsichtigkeit, Gefährdung, nicht aber bestimmt bezeichnete gefährdende Verhaltensweisen voraus, und dadurch, daß es im Gegensatz zum Gefährdungsdelikt einen schädigenden Erfolg voraussetzt, wird trotz der so beliebten Rückschlüsse aus dem schädigenden Erfolg auf die Gefährlichkeit des täterischen Verhaltens mittels der Redewendung, daß jener dieses „involviere" die Feststellung der Gefährlichkeit des täterischen Verhaltens in nichts erleichtert; dennoch wird die Beseitigung der Fahrlässigkeitsdelikte wegen zu unerträglicher Beschränkung der menschlichen Handlungsfreiheit nirgends gefordert[2]); es dürfte deshalb auch der Kampf gegen die allgemeinen Gefährdungsdelikte unberechtigt sein.

[1]) Vergl. Binding, Normen II (1877) S. 521.

[2]) Aus einem anderen Grunde erscheint sie dagegen wünschenswert: Die Fahrlässigkeit ist verschämte Zufallshaftung. Von zwei Personen, die mit Feuer und Licht genau gleich unvorsichtig umgehen und genau gleich fähig zur Voraussicht des daraus drohenden Unheils waren, wird derjenige, bei dem die „Tücke des Objekts"

Soll nun aber die Aussetzung, soweit sie nicht Gefährdung des Lebens oder des Leibes, sondern lediglich Fürsorgepflichtentledigung ist, z. B. wenn die Mutter die Aufnahme ihres ausgesetzten Kindes heimlich abwartet, straflos bleiben? Keineswegs! Auch das andere Rechtsgut, das man zugleich mit Leib und Leben durch die Aussetzungsstrafe schützen wollte, die Fürsorge, verdient den Strafschutz. Und zwar einen umfassenderen Strafschutz, als ihm durch die Aussetzungsstrafe bisher zuteil wurde.[1]) Nicht nur die Aufgabe der gesamten Fürsorge, sondern auch die Nichterfüllung einzelner Fürsorgepflichten heischt Strafe. Und so wäre die Aussetzung wie einerseits zu einem Gefährdungsdelikt gegen Leib und Leben, so andererseits zu einem Gefährdungsdelikt gegen das Wohl Fürsorgepflichtiger zu erweitern, wie solches Frieda Duensing in ihrer Arbeit[2]), die mich allen weiteren Ausführungen an dieser Stelle überhebt, so formuliert: „Wer vorsätzlich seiner elterlichen, vormundschaftlichen oder pflegschaftlichen Fürsorgepflicht zuwider, das Wohl eines Minderjährigen gefährdet oder verletzt, wird usw. bestraft." Zu erwägen bleibt, ob dieser Strafschutz nicht auch anderen als minderjährigen Fürsorgebedürftigen und gegen andere als kraft elterlichen, vormundschaftlichen oder pflegschaftlichen Verhältnisses Fürsorgepflichtige zu gewähren sei.

Soll nun die Aussetzung, die wir oben in den StrGB. so vieler Jahrhunderte und so vieler Länder wiedergefunden haben, aus dem unseren völlig verschwinden, nachdem sie zwei neuen Strafbestimmungen: einer solchen gegen die Gefährdung von Leib und Leben und einer solchen gegen die Verletzung der Fürsorgepflicht durch ihre Erweiterung in zwei verschiedenen Richtungen das Leben geschenkt hat? Für eine ihnen koordinierte Strafbestimmung über die Aussetzung lassen die beiden neuen Strafbestimmungen keinen Platz: sofern sie Verletzung der Fürsorgepflicht ist,

---

die Entstehung eines Brandes gewollt hat, bestraft, während der andere frei ausgeht. Nicht die bei beiden ja gleiche Schuld, sondern der bei gleicher Schuld bald eintretende, bald ausbleibende, also zufällige Erfolg entscheidet über die Strafbarkeit. Man kann nun den hinsichtlich des Erfolgs glücklicheren, hinsichtlich der Schuld aber nicht weniger antisozialen Unvorsichtigen dadurch unter Strafe bringen, daß man die Fahrlässigkeitsdelikte durch vorsätzliche Gefährdungsdelikte ersetzt. Auch abgesehen von der Erweiterung der Strafe auf den Fall nicht eingetretenen Schadens wird freilich ein solches Gefährdungsdelikt sich mit dem fahrlässigen Delikte dem Umfange nach nie ganz decken: als abstraktes Gefährdungsdelikt würde es nur bestimmte generell gefährliche Verhaltungsweisen umfassen können, während ein fahrlässiges Delikt durch beliebige konkrete gefährliche Verhaltensweisen begangen werden kann, und als konkretes Gefährdungsdelikt würde es Wissen der Gefährdung verlangen, während das fahrlässige Delikt nur Wissenmüssen fordert. — Hier interessiert dies deshalb, weil damit ein zweiter Weg aufgewiesen ist, der zum allgemeinen Gefährdungsdelikt gegen Leib und Leben führen kann: nicht nur an die Stelle der Aussetzung, sondern auch an die Stelle der fahrlässigen Tötung zu treten, ist es geeignet.

[1]) Vergl. v. Liszt, Lehrbuch 14./15. A. S. 388.

[2]) Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber Minderjährigen. München 1903 S. 84. Auch: Verletzung der elterlichen Fürsorgepflicht und ihre Bestrafung. Leipzig o. J. S. 32.

ordnet sie sich vielmehr der einen, sofern sie Gefährdung von Leib und Leben ist, der anderen, und in den überwiegenden Fällen, wo sie beides ist, beiden Strafbestimmungen in idealer Konkurrenz unter. Nicht als koordinierter, sondern nur als subordinierter, und zwar, da an eine Privilegierung der Aussetzung nicht wohl gedacht werden kann, als qualifizierter Fall, sei es nun der Gefährdung von Leib und Leben, sei es der Verletzung der Fürsorgepflicht, kann sie in einem neuen StrGB. ihre Stelle finden. Als qualifizierter Fall der Gefährdung Leibes und Lebens, wie im schweizerischen Entw. Art. 68 und 65, dürfte sie nun deshalb nicht zu behandeln sein, weil sich andere gleich schwere und schwerere Gefährdungsfälle denken lassen. Dagegen kann sie sehr wohl als qualifizierte Verletzung der Fürsorgepflicht aufgenommen werden, weil die gänzliche Fürsorgepflichtentledigung der Verletzung einzelner Fürsorgepflichten an Schwere voransteht. Wie sie als solche auszugestalten sei, bedarf nach dem Vorangegangenen nur flüchtiger Andeutung: Gefährdung, hilflose Lage wäre als Erfolg nicht zu fordern, dagegen das Erfordernis der Entledigungsabsicht zum Ausdruck zu bringen; die Tätigkeit wäre die Herbeiführung einer räumlichen Trennung durch Aussetzung oder Verlassung, das Subjekt nicht nur im letzten, sondern auch im ersten Falle stets ein Obhutpflichtiger, das Objekt ein Obhutberechtigter. So würde dem historischen Sinn, der den altgewohnten Tatbestand der Aussetzung auch in einem neuen Strafgesetzbuche nicht missen möchte, ohne Aufopferung der Folgerichtigkeit sein Recht.[1])

---

[1]) Auch hier habe ich zum Schlusse den Herren Dozent Scheie und cand. jur. Urisohn für freundliche Hilfeleistung zu danken.

Die Körperverletzung.

(Abschnitt 17 des II. Teiles des RStrGB.)

Bearbeitet von Professor **Dr. Alexander Löffler**, Wien.

Abkürzungen.

KV. = Körperverletzung. — RG. (I) v. 29. Sept. 81, E. 5, 129 = Entscheidung des Reichsgerichts, erster Senat, vom 29. September 1881, „Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen", Band 5, Seite 129. — RG. (I) v. 29. Sept. 81, R. 3, 557 = dieselbe Entsch., zitiert nach „Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen", Band 3, Seite 557. — RStrGB. = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Literatur.

(Die nachstehend verzeichneten Lehrbücher und Kommentare sind nur mit dem Namen des Autors zitiert.)

Deutschland. v. Bar, Gutachten betreffend den Erlaß eines besonderen Gesetzes gegen schuldhafte venerische Infektion, Zeitschrift für Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten I (1903) S. 64ff.; Derselbe, Die Reform des Strafrechts, 1903; Berner, Körperverletzung, im Gerichtssaal, 1866, S. 270ff., 1867, S. 1ff.; Derselbe, Zur Gesetzgebung über Körperverletzung, in Goltdammers Archiv für preußisches Strafrecht XVI (1868) S. 737ff.; Derselbe, Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, 1869; Derselbe, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Auflage 1898; Binding, Die Normen und ihre Übertretung, I (2. Auflage) 1890, II 1877; Derselbe, Handbuch des Strafrechts, I, 1885; Derselbe, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Band 1, 2. Auflage 1902; Blumenstock, Gerichtsärztliche Bemerkungen über den Entwurf des neuen Strafgesetzes, Wiener Medizinische Presse, 1875, S. 10ff.; im wesentlichen wiederholt in Maschka, Handbuch der gerichtlichen Medizin, I 1881 S. 93ff.; Brunnenmeister, Die Quellen der Bambergensis, 1879; Brunner Deutsche Rechtsgeschichte, I 1887, II 1892; Busch, Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts, 1897; Casper-Liman, Caspers Handbuch der gerichtlichen Medizin, herausgegeben von Liman, 8. Auflage 1889; Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben und erläutert von Reinhard F., 3. und 4. Auf-

lage 1903; Gerichtsärztliche Wünsche mit Rücksicht auf die Neubearbeitung der Strafgesetzgebung für das Deutsche Reich. Separatabdruck aus dem offiziellen Bericht der dritten Hauptversammlung des deutschen Medizinalbeamtenvereins (1904?); Geyer, Verbrechen gegen die leibliche Unversehrtheit, in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, Band 3 (1872) S. 517 ff., Band 4 (1877) S. 363 ff.; Derselbe, Zur Revision der Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs über Körperverletzung, im Gerichtssaal 26 (1874) S. 272 ff., 321 ff.; Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, Band 2 1852; Günther, Über die Hauptstadien der geschichtlichen Entwickelung des Verbrechens der Körperverletzung und seiner Bestrafung, Erlanger Dissertation 1884; Hälschner, Das preußische Strafrecht, 1855 ff.; Derselbe, Das gemeine deutsche Strafrecht, 2. Band 1. Abteilung 1884; Hauser, Der § 224 des deutschen Strafgesetzbuchs vom gerichtsärztlichen Standpunkte, Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medizin N. F. Band 38 (1883) S. 93 ff.; Herbst, Ein Beitrag zur Lehre von der Körperverletzung in Goltdammers Archiv 26 (1878) S. 23 ff.; His, Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter, 1901; Hitzig, Injuria, 1899; v. Hofmann, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 8. Auflage 1898 (die letzte Auflage von der Hand des auch durch eine gewisse juristische Begabung ausgezeichneten Verfassers; die 9. Auflage herausgegeben v. Kolisko, 1903 berücksichtigt die Fortschritte der gerichtlichen Medizin); v. Jagemann, Zur Revision der Lehre von der Körperverletzung und Gesundheitsbeschädigung, Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge 1844, S. 1 ff., 1845, S. 214 ff.; Ihering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, Jahrbücher für die Dogmatik, XXIII S. 155 ff.; John, Kritische Bemerkungen zu einzelnen die Tötungen und Körperverletzungen betreffenden Vorschriften des deutschen Strafgesetzbuchs, in Goltdammers Archiv 25 (1877), S. 393 ff.; besonders S. 404 ff.; Lammasch, Vorschläge zur Revision des Strafgesetzentwurfes, Wien 1894 (Separatabdruck aus der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung); Landsberg, Injuria und Beleidigung, 1886; Liman, Die Körperverletzungen usw., in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts III S. 473 ff.; v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14. und 15. Auflage 1905; Derselbe, Der strafrechtliche Schutz gegen Gesundheitsgefährdung durch Geschlechtskranke, in Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge II (1905) S. 471 f., aus Zeitschrift für Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten I (1903) S. 1 ff.; Derselbe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei ärztlichen Handlungen, Separatabdruck aus Zeitschrift für ärztliche Fortbildung 1904, Nr. 6, 7 und 8; Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, I 1895; Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889; Derselbe, Artikel „Körperverletzung" in v. Holtzendorffs Rechtslexikon, 3. Auflage Band II (1881) S. 546 ff.; Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Auflage 1895; Miřička, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, Leipzig 1903; Mommsen, Theodor, Römisches Strafrecht, 1899; Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 6. Auflage 1900, 1901 (die eben erscheinende 7. Auflage ist noch nicht bis zu den Körperverletzungen gediehen); Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert durch O., 12. Auflage 1891; Osenbrüggen, Das Alamannische Strafrecht, 1860; Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Berlin 1905; Rosenfeld, Ernst (Heinrich), Die Tötungen. Grundzüge einer rechtsvergleichenden Darstellung, 1891; Rudeck, Syphilis und Gonorrhoe vor Gericht, 2. Auflage 1902; Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Mit Kommentar von R., 4. Auflage herausgegeben von Stenglein, 1892; Schmid, Leop. Maur., De crimine laesae sanitatis (Dissertation) 1835; Schmidt, Arthur B., Medizinisches aus deutschen Rechtsquellen (Separatabdruck aus der Festschrift für Benno Schmidt), Jena 1896; Schmidt, Richard, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, 1900; Schott, Zufälliger Erfolg als Strafschärfungsgrund, Dissertation 1895; Schreuer, Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten (1896) S. 2 ff.; Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage 1874; v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage 1884; Derselbe, Das Züchtigungsrecht des Lehrers und das Strafgesetzbuch, im Gerichtssaal Bd. 29 S. 595 ff.; Seuffert, Hermann, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, 1902; Skrzeczka, Bemerkungen zu § 224 des deutschen Strafgesetzbuchs, in Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medizin, Neue Folge, Band XVII (1872)

S. 247 ff.; Thomsen, Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte, 1895; v. Tippelskirch, Vorschläge zur Ergänzung des deutschen Strafgesetzbuches, im Gerichtssaal (XXV) 1873 S. 299 ff., besonders S. 307 f.; Wach, Die kriminalistischen Schulen und die Strafrechtsreform, 1902; v. Wächter, Karl Georg, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts, 1825 f.; Derselbe, Deutsches Strafrecht, Vorlesungen von Karl Georg v. Wächter, 1881; Wahlberg, Das Strafrecht des Gesundheitswesens und strafbare Gesundheitsstörungen, Gesammelte kleinere Schriften, III (1882) S. 293 ff.; Wilda, Das Strafrecht der Germanen, 1842; Zeitler, Strafe ohne Schuld im deutschen Reichsstrafgesetzbuch., Dissertation 1899.

Das englisch-amerikanische Recht. O. P. A. = Offences against the Person Act = 24 u. 25 Vict. c. 100; Entw. 1879 = Criminal Code (Indictable Offences) Bill, as ammended in committee; Blackstone, Commentaries on the Law of England, 15. Auflage, London 1809; Bishop = B., Commentaries on the Criminal Law, 2 Bände, 7. Auflage, Boston 1882; Derselbe, Commentaries on the law of Statutory Crimes, 3. Auflage, Chicago 1901; Harris, Principles of the criminal law, 10. Auflage, London 1904; Kenny, Outlines of criminal law, Cambridge 1902; Derselbe, Selection of cases illustrative of english criminal law, Cambridge 1901; Pollock und Maitland, History of english law, 2 Bände, Cambridge 1895; Russel, Treatise on crimes and misdemeanors, 6. Auflage, 3 Bände, London 1896; Shirley, Selection of leading cases in the criminal law, London 1888; Stephen = Stephen, James Fitzjames, Digest of the criminal law, 6. Auflage, London 1904; Derselbe, History of the criminal law of England, 3 Bände, 1883; Wharton, Treatise on Criminal Law, 2 Bände, 10. Auflage, Philadelphia 1896.

Frankreich und Belgien. Blanche, Études pratiques sur le Code pénal, 2. Auflage (Dutruc), Paris 1888 ff.; Chauveau und Hélie, Théorie du Code pénal, 7. Auflage (Villey), Paris 1887 ff.; Garçon, Code pénal annoté, Paris 1901 ff.; Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 2. Auflage, Paris 1898 ff.; Haus, Principes généraux du droit pénal belge, 2 Bände, 3. Auflage, Gand 1879; Nypels, Le Code pénal belge interprété, 2. Auflage (Servais), Brüssel 1896 ff.; Raoul-Duval, Du dol éventuel, Paris 1900.

Italien. Übersetzungen des StrGB. von Stephan, Berlin 1890 und von Teichmann, als Beilage zur Zeitschr. f. d. ges. Strafr., Berlin 1890; Entw. v. 1870 = Il progetto del Codice Penale pel Regno d'Italia coi lavori preparatori, 2 Bände, Florenz 1870, stamperia reale; Der Entwurf Zanardelli (1887), samt den umfangreichen Motiven (hier zitiert als relazione Zanardelli) und die parlamentarischen Arbeiten sind als Beilagen zur Rivista penale erschienen (auch besonders als „Lavori preparatori" usw.) und zwar mit Angabe der Seitenzahlen des Originales, nach welchen ich zitiere. Nach dem Originale ist angeführt Zanardellis Bericht an den König [Relazione a S. M. il rè del Ministro guardasigilli (Zanardelli) nell' udienza del 30 giugno 1889 . . . . . Roma, stamperia reale, 1889]; Carrara, Programma del corso di diritto criminale, parte generale, 6. Auflage 1886, parte speciale, 4. Auflage 1878 ff.; Crivellari, Il Codice Penale per il Regno d'Italia, besonders Bd. VII; Majno, Commento al Codice Penale Italiano, I 1890, II 1894; Pessina, Manuale del diritto penale italiano, Napoli I 1893, II 1895; Derselbe, Elementi di diritto penale, 3 Bände, Napoli 1882 ff.

Niederlande. Entw. vom 19. September 1904 = Ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van het Wetboek van Strafrecht. Handelingen der Staaten-General. Bijlagen 1904—1905. Tweede Kammer 80; Rechtsspraak = Het wetboek van strafrecht. Rechtsspraak en Nederlandsche Litteratur, herausgegeben von den Redakteuren der Tijdschrift voor strafrecht, 1893, Supplement 1900; van Hamel, Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht, I 1889, Haarlem und s'Gravenhage; van Meerten, Artikel 306 wetboek van strafrecht, academisch proefschrift, den Haag 1892; Noyon, Het wetboek van strafrecht, 2. Auflage, Groningen 1904; Smidt, Geschiedenis van het wetboek van strafrecht, 1. Auflage, Haarlem 1881 ff.; Simons, Leerboek van het Nederlandsche strafrecht, I, Groningen 1904.

Norwegen. Allgemeines bürgerliches Strafgesetz für das Königreich Norwegen vom 22. Mai 1902, übersetzt von Ernst Heinrich Rosenfeld und Andreas Urbye (Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher XX), Berlin 1904; Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge I. Udkast til Lov. II. Motiver, Kristiania 1896 (eine Übersetzung dieses Entwurfes von Rosenfeld und Urbye in der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher XI, 1898; die in dieser Arbeit verwendete Übersetzung der Motive hat mir Kollege Rosenfeld freundschaftlichst zur Verfügung gestellt).

Österreich. Glasersche Slg. = Sammlung strafrechtlicher Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichts- und Kassationshofes 1850—1871. Auf Veranlassung von Glaser herausgegeben von Adler, Krall und v. Walther, Wien 1875; Nowaksche Slg. = Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k. k. Kassationshofes, veröffentlicht von der Redaktion der allgemeinen österreichischen Gerichts-Zeitung, fortlaufend; Bemerkungen zu dem Entwurfe des Strafgesetzes ...... Zu 210 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses XI. Session 1891 (bringt die Materialien bis zum Entw. von 1891 in teils chronologischer, teils systematischer Zusammenstellung); Bericht des ständigen Strafgesetzausschusses über die Regierungsvorlage, betr. Einführung eines Strafgesetzes .... 709 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses XI. Session, 1898 (enthält S. 133 ff. den hier als „Entwurf" zitierten Ausschußentwurf von 1893); Finger, Das Strafrecht, aus „Kompendien des österreichischen Rechtes", Band 1, 2. Auflage 1902, Band 2, 1895; Herbst, Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechts (ein Kommentar), 2 Bände 7. Auflage 1882, 1884; Lammasch, Das Strafrecht (aus Grundrisse des österreichischen Rechts), 2. Auflage 1902. — Während der Korrektur erschien Hoegel, Geschichte des österr. Strafrechts, II. Die vorsätzlichen Straftaten gegen Leib und Leben; dieses Werk konnte leider nicht mehr berücksichtigt werden.

Rußland. Strafgesetzbuch für Rußland. Entwurf der Redaktionskommission, übersetzt von Gretener, St. Petersburg 1882 (enthält den allgemeinen Teil), zitiert als Gretener I; Dasselbe, Allgemeiner Teil. Erläuterungen zum Entwurf, übersetzt von Gretener, St. Petersburg 1882, zitiert als Gretener II; Dasselbe, Besonderer Teil. Verbrechen gegen die Person, übersetzt von Gretener, Berlin 1885, zitiert als Gretener III; Dasselbe, Besonderer Teil. Angriffe auf die Vermögensordnung, übersetzt von Gretener, Berlin 1888, zitiert als Gretener IV. Das Erscheinen einer Übersetzung des neuen russischen Strafgesetzbuches (vom 22. März 1903) in die französische Sprache wurde als unmittelbar bevorstehend bezeichnet, hat sich aber derart verzögert, daß ich diese Arbeit noch vorher abschließen mußte. So kam es, daß ich außer den Arbeiten Greteners nur eine mir von Prof. v. Liszt zur Verfügung gestellte handschriftliche Übersetzung des 21. Kapitels: „Körperverletzung und Gewalttätigkeit" des letzten Entwurfes (zitiert als „revidierter Entwurf") benutzen konnte. Bei dem hohen wissenschaftlichen Werte des russischen Entwurfes schienen mir selbst fragmentarische Mitteilungen aus demselben von Interesse.

Schweiz. Verhandlungen = Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen der .... Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuche, 2 Bände, Bern 1896; Bericht über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, 2. Teil (erstattet von Stooß), Bern 1901 (als Manuskript gedruckt); Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch .... Juni 1903, Bern 1903 (zitiert als Entw.); Pfenninger, Das Strafrecht der Schweiz, Berlin 1890; Stooß, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts I (1892), II (1893), Basel und Genf.

Erste Abteilung. Das geltende Recht.

Dogmengeschichtliche Einleitung.

Geschichtliche Erörterungen sollen hier und im folgenden auf das Maß des Notwendigsten beschränkt werden. Nur soweit das Recht vergangener Zeiten die Grundlage für das Recht der Gegenwart bildet, nur soweit es uns das Verständnis für das heute Geltende unmittelbar eröffnet, soll es herangezogen werden.

Die Regelung der KV. in den Rechten der modernen Kulturvölker beruht auf einer Fortentwicklung teils von römischen, teils von germanischen Anschauungen. Am stärksten beeinflußt durch das römische Recht ist das heutige englische, während im deutschen und noch mehr im österreichischen Rechte sich germanische Einflüsse vorwiegend bemerkbar machen.

Das römische Recht wird wirksam in jener Form, in der es die Rechtsbücher Justinians darbieten.[1]) Diese kennen so wenig als das ältere römische Recht irgend ein besonderes Delikt der KV. in unserem Sinne. Die KV. geht vielmehr auf in dem viel weiteren Begriffe der injuria, sie wird aber auch gelegentlich in anderem Zusammenhange genannt.

Die injuria wird zutreffend definiert als „ein jedes wissentlich verübte Unrecht, welches nach der Gesinnung des Handelnden wesentlich gegen die Person eines Anderen gerichtet ist, und aus der Nichtachtung seiner Persönlichkeit hervorgeht."[2])

Dabei ist die „Persönlichkeit" in einem sehr weiten Sinne zu verstehen. Die Quellen entwickeln diesen Begriff — ohne ihn zu nennen — mit großer Feinfühligkeit. Der älteste, schon in den Zwölftafeln behandelte Fall der injuria ist ein „Vergreifen am Körper"[3]); unsere Quellen nennen: vulnus illatum, os percussum[4]); pulsare und verberare[5]) (verberare est cum

[1]) S. die Titel de injuriis: Inst. 4, 4; Dig. 47, 10; Cod. 9, 35. — Über die ältere Zeit s. Mommsen, S. 784ff.; Landsberg, Injuria u. Beleidigung, S. 29ff.; Hitzig, Injuria (vergl. denselben in Schweizer Zeitschr. f. Strafr. 13, S. 220f.), und meine „Schuldformen", S. 62f.

[2]) So Arndts, Pandekten, § 339; ganz übereinstimmend Mommsen, S. 785 u. a. m.

[3]) Vergl. Mommsen, S. 786, 790; Landsberg, injuria, S. 43; Hitzig, injuria, S. 58f.

[4]) D. h. t. l. 7, § 8.

[5]) Nach der lex Cornelia de injuriis, D. h. t. l. 5, pr., § 1.

dolore caedere, pulsare sine dolore"). Eine Abgrenzung der KV. von der Realinjurie findet nicht statt: „apparet enim omnem injuriam, quae manu fiat lege Cornelia (de injuriis) contineri."[1]) Unseren Vorstellungen von KV. entspricht es auch, wenn es heißt: „si quis mentem alicuius medicamento aliove quo alienaverit... ait (Labeo) injuriarum adversus eum agi posse".[2]) Aber der Begriff der injuria erstreckt sich viel weiter, er umfaßt jede ernstere[3]) Verletzung der rechtlichen Stellung und der Ehrenstellung des Freien; so finden wir genannt ein Zerreißen der Kleider[4]), Verletzung des Hausfriedens[5]), Verletzung von Personen, die unter der familienrechtlichen Gewalt des „mittelbar Getroffenen" stehen, oder seiner Sklaven, rechtswidriges und kränkendes Vorgehen gegen das Vermögen[6]), unzüchtige Handlungen[7]), insbesondere das öffentliche Ansprechen (appellare), das „Nachsteigen" (adsectari), u. dergl.[8]); schließlich eine Reihe von wörtlichen Beleidigungen. In allen diesen Fällen ist beleidigende Absicht vorausgesetzt; die fahrlässige KV. ist überhaupt nicht strafbar.[9]) Die injuria kann mit Zivil-[10]) und mit Strafklage verfolgt werden.

Besondere Behandlung findet die Kastration, die seit Domitian strenge verboten ist.[11])

Die KV. kommt ferner gelegentlich vor bei dem crimen vis: dieses begeht u. a. „qui convocatis hominibus vim fecerit quo quis verberetur et pulsetur, neque homo occisus sit."[12])

In den Quellen des germanischen Rechtes finden wir eine überreiche Fülle von Einzelbestimmungen über Missetaten, welche sich ebenso wie die römische injuria gegen die Persönlichkeit des Verletzten richten. An Fein-

---

[1]) D. eod. — Schwerere KV. galten wohl als atrox injuria, aber nicht ausschließlich; D. h. t. l. 7, § 6ff., l. 8, 9; Mommsen, S. 789.

[2]) D. h. t. l. 15 pr.

[3]) Der Prätor verweigerte die Klage bei geringfügigem Anlaß: Mommsen, S. 788f., 796.

[4]) D. h. t. l. 9 pr. („vestimentis scissis"); das gilt sogar als atrox injuria. Gemeint ist wohl nicht ein Versuch der KV., bei dem es nur zur Beschädigung der Kleider gekommen ist, denn der Versuch der KV. ist an sich schon eine Injurie (unrichtig Mommsen, S. 799): „Si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatae et saepe territus quasi vapulaturus, non tamen percussit: utili injuriarum actione tenetur" (D. h. t. l. 15 § 1); vergl. Landsberg, injuria, S. 44. — Es sei gestattet, hier auf die völlige Analogie der germanischen Auffassung hinzuweisen; s. Wilda, S. 776, Nr. 1 u. 602f., ferner S. 777, Nr. 3.

[5]) „Qui domum suam vi introitam esse dicat" D. h. t. l. 5, pr.

[6]) Vergl. D. h. t. l. 15, § 31f.

[7]) Paulus, sent. rec. V, 4, 1 u. 4; Marcian in l. 3 § 4 D. 48, 6 bringt die Notzucht unter den Gesichtspunkt der vis publica; vergl. Landsberg, injuria, S. 44, 45, 64.

[8]) Inst. h. t. 1, D. h. t. l. 9, § 4; l. 10; l. 15, § 19. Mommsen, S. 792.

[9]) Mommsen, S. 797, 836. Vergl. Cod. h. t. l. 5.

[10]) Für Zivilansprüche aus der KV. gibt Ulpian auch eine utilis actio legis Aquiliae: l. 13 pr. D. h. t. 9, 2; vergl. Landsberg, injuria, S. 38.

[11]) Vergl. D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8, l. 3, § 4; l. 4, § 2; Nov. 142; Günther, KV. S. 39f.; Mommsen S. 637f.

[12]) Dig. 48, 6, l. 10 § 2; D. 48, 7, l. 2.

fühligkeit für dieses Rechtsgut stehen die germanischen Völker den Römern durchaus nicht nach. Das germanische Recht unterscheidet sich aber von dem römischen dadurch, daß die systematische Zusammenfassung dieser einzelnen Fälle zu einem gemeinsamen Begriffe fehlt; es zeigt sich vielmehr eine deutliche Scheidung der Verletzung des Körpers von der Realinjurie im modernen Sinne, ohne daß wir jedoch bei dem Zustande der Quellen eine scharfe, begriffsmäßige Sonderung erwarten dürften.[1])

Die germanische „Körperverletzung" ist charakterisiert durch eine gewisse Äußerlichkeit, u. z. sowohl im objektiven wie im subjektiven Tatbestande. Was den letzteren betrifft, so wurde auf das Verschulden des Täters so gut wie gar kein Gewicht gelegt[2]) — im striktesten Gegensatze zu dem römischen Rechte, welches den animus injuriandi erfordert. Entscheidend war der Erfolg, welcher nach gewissen handgreiflichen Momenten gemessen wurde. Das eigentliche Gebiet der KV. sind die sichtbaren und meßbaren Beschädigungen des Leibes, des kostbaren Instrumentes für Krieg und Frieden, ich möchte sagen: grob-anatomische Schäden. Man unterscheidet Verstümmelungen und Lähmungen, die je nach der Wichtigkeit des betroffenen Gliedes taxiert werden[3]); ferner die „Wunden", welche mit Blutverlust verbunden sind (daher „Blutrunst" genannt), im Gegensatze zu den „trockenen" oder „dürren" Schlägen.[4])

Die Wunden werden nach Länge und Tiefe oder nach anderen äußeren Kriterien gemessen[5]); die Schläge wieder werden unterschieden, je nachdem sie Anschwellungen zur Folge hatten („Beulenschlag") oder bloß blaue Flecken hinterließen. Der folgenlose Schlag ist ebenfalls strafbar, bildet aber wohl schon die Grenze gegen die Realinjurie hin.[6])

Andere als grob-anatomische Schäden und etwa noch die Schläge zieht das germanische Recht nicht in Betracht, insbesondere nicht vorübergehende Störungen der Gesundheit oder gar psychische Schäden. Erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts wird geistige und körperliche Gesundheit als Schutzgut der anatomischen Körperintegrität angegliedert.

---

[1]) Vergl. Wilda, S. 774f.; Osenbrüggen, Alamannisches Strafr. S. 237f., 245; Hälschner, Preuß. Strafr. III, S. 129; Brunner II, S. 636f.; 674f.; Schmidt, Medizinisches aus deutschen Rechtsquellen S. 49f., 54; His, S. 268, 324ff.

[2]) Vergl. meine „Schuldformen" I, S. 33ff., 113ff.

[3]) Vergl. Wilda, S. 760ff.; Brunner II, S. 635f.

[4]) Diese Gruppen von KV.. gelten auch für die mittelalterlichen Quellen: Schmidt, S. 8; His, S. 268ff.

[5]) Vergl. Wilda S. 731, 734ff.; Brunner II, S. 638; Schmidt S. 19ff., 34, 39; His S. 301ff.

[6]) Vergl. Wilda S. 773f.; Brunner II, S. 637, 674; Schmidt S. 49f., 54; treffend Brunner S. 674: „Gewisse an sich strafbare Handlungen werden durch das Merkmal der Ehrenkränkung als Missetaten höherer Strafbarkeit qualifiziert. Darum wird z. B. bei den Langobarden die Maulschelle doppelt so hoch als der Faustschlag (Roth. 44), der Haargriff bei den Sachsen so hoch wie Blutrunst gebüßt (Lex Sax. 7). Das halbe Wergeld setzt Rothari als Buße, wenn man mit Gefolge einen freien Mann überfällt und schmählich durchprügelt (Roth. 41)."

Die italienischen Juristen hielten sich an die römische Auffassung, und daraus erklärt es sich wieder, daß in der Carolina eine systematische Bearbeitung der KV. fehlt[1]; nur einzelne Fälle sind berücksichtigt: die Vergiftung (Art. 130)[2], die Unfruchtbarmachung (Art. 133) und die Beschädigung durch ein Tier (Art. 136).[3]

Die gemeinrechtliche Literatur beschäftigt sich vielfach mit germanischem Partikularrechte; so z. B. geht Carpzow (practica, qu. 99) von den Bestimmungen des Sachsenspiegels aus; die sachliche Behandlung ist oft eine deutschrechtliche, die Konstruktion als „Realinjurie" zeigt aber, daß die Autoren durch romanistische Brillen sehen.[4] Die deutsche Doktrin des 18. Jahrhunderts stellt schließlich ein besonderes Delikt der violatio corporis auf[5], welches in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts[6] formell durchdringt. Der Kampf zwischen römischer und germanischer Auffassung, zwischen injuria und violatio corporis ist aber bis heute noch nicht völlig ausgetragen.

Gegen Ende des 18. Jahrhunderts begann man, ein besonderes „Verbrechen gegen die Geisteskräfte" zu konstruieren; dieses Spezialdelikt ist aber durch das Delikt der Störung der geistigen Gesundheit aufgesogen worden.[7]

---

[1]) Vergl. Hälschner, Preuß. Strafr. 3, S. 131f.; Brunnenmeister, Quellen der Bambergensis, S. 253f.; Günther, Hauptstadien, S. 112, 121ff.

[2]) Bei der Vergiftung des Art. 130 dürfte es sich aber um einen qualifizierten Mordversuch handeln; vergl. Wächter, Lehrb. II, S. 188; Brunnenmeister a. a. O. S. 254, Anm. 2. Dagegen Gengler, Vergiftung, I S. 198ff.

[3]) Ich vermute als Quelle dieses Art. die Bibel, und zwar II. Mos. 21, 28ff.

[4]) Vergl. Günther, a. a. O. S. 121ff.; teilweise gegen ihn Löning in Zeitschr. f. d. ges. Strafr. 7, S. 681f. und Binding, Lehrb. I, S. 41.

[5]) Als die ältesten Autoren, welche die violatio corporis von der injuria realis trennen, wurden von den in der vorigen Note Genannten nachgewiesen: Kemmerich, synopsis juris crim., 1731 (ich benutze die 2. A. 1755, S. 32ff.); Ch. F. G. Meister, principia, 1755 (3. A. 1767, S. 72ff.); Koch, institutiones 1758 (3. A. 1770, S. 302ff.); G. I. F. Meister, principia 1789 (2. A. 1792, S. 150ff.). Alle diese Autoren behandeln die violatio corporis ungefähr deutschrechtlich (nur daß die beiden ersten die incarceratio injusta dazu rechnen, „quippe qua quis ratione corporis inprimis molestia afficitur"); daneben steht dann die römische injuria; ob eine vulneratio als violatio corporis oder als injuria zu behandeln ist, entscheiden sie danach, ob sie mit einer laesio existimationis verbunden ist oder nicht. Dieser Gesichtspunkt kehrt noch in den Motiven zum RStrGB. wieder (s. unten).

[6]) Das allg. Landrecht f. d. preuß. Staaten hat noch die Doppelbehandlung der KV., wie sie in der vorigen Note angegeben wurde; in II, 20, § 628 spricht es von geringen und von schweren Realinjurien, und zu den letzteren zählt es auch die mit Lebensgefahr, mit Verstümmelung und Verunstaltung verbundenen; im 11. Abschnitt „von körperlichen Verletzungen" kehren dieselben objektiven Tatbestände wieder, §§ 796ff.

[7]) Vergl. Richard Schmidt, Verbrechen an dem Seelenleben des Menschen, Gerichtssaal XLII (1889) S. 57ff. Schmidt tritt für Wiederbelebung dieses Begriffes ein und verweist darauf, daß er einer Ergänzung bedürfe durch Einbeziehung der Angriffe auf das moralische Seelenleben des Menschen.

---

1. Der objektive Tatbestand.

A. Das deutsche Recht.

1. Das Grunddelikt (die sog. leichte Körperverletzung).

Die KV. wird nach § 223 StrGB. begangen an „einem Anderen", d. h. an einem vom Täter verschiedenen Menschen. Die Abgrenzung des „Menschen" von der „Leibesfrucht" kann bei der KV. nicht anders erfolgen als bei der Tötung; es genügt also an dieser Stelle ein Hinweis auf das dort zu Sagende. Die KV. an der Leibesfrucht fällt nicht in den Rahmen dieser Untersuchung.

Den objektiven Tatbestand der KV. beschreibt der § 223 mit den Worten: „Wer .... körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt". Das Gesetz scheidet ganz deutlich die beiden Fälle; im Anschlusse an die gesetzliche Terminologie soll hier zunächst von der „körperlichen Mißhandlung" gesprochen werden.

Das preußische StrGB. hatte in § 187 gesagt: „Wer vorsätzlich einen Anderen stößt oder schlägt, oder demselben eine andere Mißhandlung oder Verletzung des Körpers zufügt ...." Das Wort „Mißhandlung" wurde eingefügt, um den aus der engeren Bedeutung des Ausdruckes „Verletzung" vielleicht herzuleitenden Mißdeutungen vorzubeugen[1]) — also gerade mit Rücksicht auf seine weiten Grenzen; es sollte den Tatbestand der Realinjurie, welche im preußischen StrGB. nicht genannt ist, mit umfassen. Das war ein Sieg des durch die rheinischen Juristen vertretenen französischen Rechtes; jene leugneten die selbständige Existenz der Realinjurie; sie „gingen lediglich von der französischen Auffassung aus, daß die verübte Tätlichkeit nach ihrer äußeren Erscheinung sich immer als ein Angriff auf die Persönlichkeit, als Mißhandlung gestalte ....., daß gerade bei der Realinjurie die Beschimpfung nur darin liege, daß der, welcher sie verübt, das Recht des Anderen auf persönliche Selbständigkeit und Freiheit verletze."[2]) Die „Mißhandlung" soll also tatsächlich der römischen injuria an Umfang nahekommen.[3]) Den gleichen Sprachgebrauch hat das geltende österreichische StrGB., wo in § 496 die Realinjurie mit den Worten „tätlich mißhandeln" bezeichnet wird.

Eine Abgrenzung des objektiven Tatbestandes der „körperlichen Mißhandlung" von der „Beleidigung mittels einer Tätlichkeit" ist auch bei

[1]) Goltdammer, Materialien II, S. 403.

[2]) Goltdammer a. a. O. S. 404; vergl. Hälschner, Preuß. Strafr. III S. 138ff.

[3]) „Um der Absicht des Gesetzgebers möglichst zu entsprechen, ist dem Tatbestande der KV. eine alle richtigen Grenzen überschreitende Ausdehnung gegeben worden." Hälschner a. a. O. S. 142.

der Redaktion des RStrGB. mit vollem Bewußtsein unterlassen worden. Die Motive zu § 183 des Entw. III sagen: „Man hat . . . . die tätliche Beleidigung als eine besondere Art der Beleidigung ausdrücklich bezeichnet und dadurch die für das preußische StrGB. bestehende Streitfrage gelöst, ob Tätlichkeiten als Real-Injurien oder nur als Mißhandlungen und KV. aufgefaßt werden können. Es wird für diese Unterscheidung vorzugsweise die Willensrichtung des Täters maßgebend sein." Die gewöhnliche Ohrfeige ist objektiv gleichzeitig KV. und Realinjurie, und die Idealkonkurrenz zwischen beiden Delikten daher ein sehr häufiger Fall.[1])

Im Anschluß an diese Entstehungsgeschichte erklärt v. Schwarze (Komm. S. 620), Mißhandlung „mit der körperlichen Antastung, Tätlichkeit usw. identisch"; sie müsse weder „Schmerzen" noch auch nur „Mißbehagen" erzeugt haben. Der „Stoß", das Beispiel des preußischen StrGB. für Mißhandeln, könne ohne Mißbehagen des Angegriffenen bewirkt sein.[2]) Andere Autoren verlangen — im Anschlusse an die ältere deutschrechtliche Auffassung — „Störung des körperlichen Wohlbefindens"[3]), Erzeugung von Mißbehagen, Unlustempfindung, Schmerzen, selbst von erheblichen Schmerzen.[4])

Das Reichsgericht erklärt die „Mißhandlung" als „Störung des körperlichen Wohlbefindens"[5]), und setzt in späteren Entscheidungen hinzu, diese Störung dürfe nicht ganz unerheblicher Art sein[6]); es

[1]) Bei einem Schlage kann das Bewußtsein und der Vorsatz der Beleidigung fehlen, nicht aber — wenn der Schlag objektiv KV. und der Täter zurechnungsfähig ist — der Vorsatz der KV. Ungenau Olshausen zu § 223, N. 17, e; treffend Hälschner II S. 87f.; v. Liszt S. 315; Oppenhoff zu § 185, N. 17; Binding, Lehrb. I, S. 43. — Ich behaupte nicht, daß jede Realinjurie zugleich KV. ist; z. B. ist es nicht der unsittliche Griff, der geraubte Kuß; vergl. Hälschner II S. 88 Anm. 3; Binding a. a. O. S. 161; Rüdorff-Stenglein zu § 185 N. 12; auch Merkel in Holtzend. Rechtslexikon II S. 547.

[2]) Vergl. das pulsare des röm. R. oben S. 209f.

[3]) Vergl. unten die reichsgerichtlichen Entscheidungen.

[4]) Vergl. Hälschner II S. 83f.; Schütze, 2. A. S. 395; Merkel in Holtzend. Rechtslex. u. im Lehrb. S. 297; v. Wächter, Vorlesungen S. 340.

[5]) So schon Bauer, Lehrb. 1. Aufl. 1827, § 178 (allerdings vom Standpunkte des Deliktes der „Gesundheitsverletzung"); ihm folgend Feuerbach, Lehrb. 11. Aufl. 1832, § 244.

[6]) Vergl. RG. (I) v. 29. Sept. 81, E. 5, 129; (IV) v. 31. Jan. 82, R. 4, 98; (II) v. 18. Mai 88, R. 10, 407; (I) v. 2. Juli 96, E. 29, 58; (IV) v. 11. April 89, E. 32, 113. Ähnlich Berner S. 530 (vergl. dens. Gerichtssaal 1866, S. 271ff.); Meyer S. 470f.; Olshausen zu § 223 N. 4; Frank zu § 223, I 1. Nur als eine Entgleisung des RG. kann ich die E. (II) v. 16. April 89, E. 19, 136 ansehen, wonach es nicht darauf ankommt, ob der Verletzte die Mißhandlung als solche empfindet. Wenn ein Lehrer der Medizin seinen Hörern die Unempfindlichkeit eines Gelähmten oder eines Hypnotisierten zeigt, indem er ihm einen Nadelstich versetzt (der weder empfunden wird, noch irgend eine üble Folge hat), so wird das doch niemand als „Mißhandlung" oder als „Störung des Wohlbefindens" ansehen, weil es bei normaler Funktion der Nerven das Wohlbefinden hätte stören können. Die Entscheidung war in concreto wohl diktiert durch die gerechte Empörung über den Angeklagten, einen Lehrer, der ein geisteskrankes Kind heftig auf Gesicht und Kopf geschlagen hatte. Das Kind war errötet, hatte aber keine Schmerzenslaute ausgestoßen; daraus folgerte die erste Instanz, daß das Kind die Schläge nicht empfunden habe; das Reichsgericht war an diese recht auffällige tatsächliche Feststellung gebunden, half sich aber durch Aufstellung eines verfehlten Obersatzes, den es nun in späteren Entscheidungen möglichst

hält somit die Mitte zwischen jenen Autoren, welche jede Tätlichkeit gegen den Körper genügen lassen, und jenen, welche die Verursachung von „erheblichen Schmerzen" verlangen.

Das Gesetz sagt: „wer . . . körperlich mißhandelt"; ausgeschlossen ist also die „geistige Mißhandlung", die Erregung geistigen oder seelischen Unbehagens, z. B. durch Erschrecken; solche seelische Mißhandlung kann aber sehr wohl Folgen am Körper haben, z. B. einen physischen Nervenschmerz hervorrufen; dann liegt natürlich auch eine körperliche Mißhandlung vor.[1])

Der technische Ausdruck „mißhandeln" hat sich m. E. nicht bewährt. Eine klare Abgrenzung bietet er nicht; aber dieser Fehler wird sich nie vermeiden lassen, da es sich immer um eine Quantitätsbezeichnung handeln wird, und die zahllosen Abstufungen der KV. ganz allmählich ineinander übergehen. Die außerordentliche Weite des durch „mißhandeln" bezeichneten Begriffes war beabsichtigt. Unbeabsichtigt war aber die mit diesem Worte erweckte Vorstellung, daß es sich nur um eine vorsätzliche Tätigkeit handeln könne; es ist sprachwidrig, von einem „fahrlässigen Mißhandeln" zu reden; und doch bezieht sich wohl die fahrlässige KV. des § 230 auch auf das „Mißhandeln" [2]); das Gegenteil wäre jedenfalls de lege ferenda nicht ratsam.

Der zweite Fall, den das Gesetz nennt, ist die „Beschädigung an der Gesundheit"; da das Gesetz hier nicht unterscheidet, so ist neben der körperlichen auch die geistige Gesundheit inbegriffen.[3]) Der Ausdruck „Gesundheit" ist im populärmedizinischen Sinne zu nehmen, als kontradiktorischer Gegensatz von Krankheit.[4]) Von einer Krankheit, von

einschränkt, ohne ihn einfach, wie es sollte, fallen zu lassen. Von einer Vereinbarkeit dieser Entscheidung mit den übrigen oben angeführten kann keine Rede sein. Hoffentlich ist es nicht nötig, daß die Gesetzgebung in Aktion trete, um solche Mißgriffe für die Zukunft auszuschließen!

[1]) Dies der Standpunkt des RG. (I) v. 2. Juli 96, E. 29, 58 u. (IV) v. 11. April 89, E. 32, 113; vergl. Olshausen zu § 223 N. 3; Hälschner II S. 84f.; a. A. Herbst in Goltd. Arch. 26 S. 32ff. — Um so weniger wird man mit Richard Schmidt (Gerichtssaal XLII 1889 S. 61f.) die Buchstabeninterpretation so weit treiben dürfen, zu sagen, die Geisteskrankheit des § 224 müsse Folge einer mechanischen Einwirkung auf den Körper sein, weil § 224 sagt: „Hat die Körperverletzung zur Folge, daß der Verletzte in Geisteskrankheit verfällt". Unter „Körperverletzung" versteht hier das Gesetz offenbar den ganzen Tatbestand des § 223. Vergl. Olshausen zu § 224, N. 11. — Über eine ähnliche Kontroverse im italienischen Rechte s. unten.

[2]) So die Entsch. d. RG. (II) v. 1. Juli 84, R. 6, 489, welche zugibt, „daß bei dem Worte ‚Mißhandlung' im gewöhnlichen Leben zunächst an vorsätzliche Handlungen gedacht wird"; ebenso RG. (II) v. 27. Mai 87, E. 16, 129 und (IV) v. 11. April 89, E. 32, 113; Olshausen zu § 230 N. 1; v. Liszt S. 319 u. a.; dagegen folgen dem gemeinen Sprachgebrauch Berner S. 530 (vergl. denselben im Gerichtssaal 1866 S. 271); Schütze S. 395; Hälschner II S. 111; Geyer in Holtz. Hdb. 3 S. 534; Oppenhoff § 223 N. 23 u. Günther, Hauptstadien S. 23. Vergl. auch Stooß in den Schweizer Verhandlungen II S. 513.

[3]) Herrschende Meinung: vergl. Olshausen zu § 223 N. 5; Herbst in Goltd. Arch. 26 S. 25ff.; dagegen nur Oppenhoff N. 19 u. Frank I 2.

[4]) Das geltende österr. StrGB. § 152 übernimmt die „maladie de plus de vingt jours" des Code pénal (Art. 309) als „Gesundheitsstörung". — Vergl. Herbst, Handb. d. österr. Strafr. (7. Aufl.) zu § 152 N. 2; Hofmann, Gerichtl. Medizin, 8. Aufl. S. 299; Finger, Kompend. d. österr. Strafr. II S. 37.

einer Gesundheitsstörung sprechen wir aber nur dann, wenn das Allgemeinbefinden in einem höheren Grade gestört ist durch Fieber, Unwohlsein, durch häufig wiederkehrenden oder kontinuierlichen Schmerz u. dergl.[1]), und wenn diese Störung uns nicht als etwas Vorübergehendes erscheint. Daher sind nicht als Gesundheitsstörung anzusehen Verdruß, Unbehagen, Ekel, Schrecken in den gewöhnlichen Fällen[2]); ebensowenig die gewöhnliche Betäubung durch Alkohol; der Arzt wird vielleicht von einer „leichten Alkoholintoxikation" sprechen; aber die damit verbundene vorübergehende Störung der geistigen Funktionen wird von der weit überwiegenden Mehrheit der Menschen sehr gering eingeschätzt und nicht als „Krankheit" empfunden.[3]) Das gleiche gilt von dem Verabreichen eines unschuldigen Abführmittels (auch wenn danach kein Bedarf ist), weil die damit verbundene Störung des Allgemeinbefindens zu geringfügig und vorübergehend ist.[4]) In dem Begriffe der Gesundheitsstörung ist also auch das Merkmal einer gewissen höheren Intensität enthalten, deren Feststellung Aufgabe der Praxis ist.

Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung können gesondert auftreten, oder die eine als Folge der anderen (z. B. syphilitische Ansteckung; — Schlag mit oder ohne Erkrankung als Folge); wenn aber weder die eine, noch die andere vorliegt, kann von strafbarer KV. nicht die Rede sein.[5])

Mehrfach hat man allerdings versucht, einen gemeinsamen Begriff der KV. zu konstruieren, der die beiden Begriffe der körperlichen Mißhandlung und der Gesundheitsbeschädigung umfassen, wohl auch ergänzen soll.[6]) Für Binding (Lehrb. I, S. 42f.) ist dieser Oberbegriff der KV. die „Schädigung fremder Gesundheit, d. i. des individuellen Maßes von Schmerzfreiheit und von ungestörtem Zusammenwirken der menschlichen Organe"; die Mißhandlung ist nur ein besonderer Fall, „gesundheitswidrige mechanische Behandlung des Körpers; . . . . der Schmerz ist krankhafter Nervenreiz"; aber das ist weder die Terminologie des Gesetzes, noch die des gewöhnlichen Lebens. Wenn das Gesetz bloß von „Gesundheitsbeschädigung" sprechen würde, kein Richter dürfte es wagen, den folgenlosen Schlag oder Stoß darunter zu subsumieren, was Binding doch tut.[7])

---

[1]) Vergl. Herbst u. Hofmann a. a. O., Finger II S. 31.

[2]) Vergl. Hälschner II S. 86; Merkel in Holtzend. Rechtslex. S. 547; Binding, Lehrb. I S. 43. — Natürlich können diese Zustände sich zu Gesundheitsstörungen steigern.

[3]) Vergl. v. Lilienthal, Der Hypnotismus, in Zeitschr. f. d. ges. Strafr. 7, S. 372 (der die hypnotische Betäubung mit Recht als Freiheitsdelikt auffaßt); Binding a. a. O. S. 44, 49. Dagegen Meyer S. 470; Frank zu § 223, II 2.

[4]) Von zwei Liebhabern A und B hat B ein Stelldichein bewilligt erhalten; um ihm dies zu verderben, appliziert ihm A ein Abführmittel; wer sieht nicht, daß das angegriffene Rechtsgut nicht die Gesundheit, sondern die Freiheit des B ist!

[5]) Treffend Olshausen zu § 223 N. 6a.

[6]) Dagegen Merkel in v. Holtzend. Rechtslex. S. 547. Vergl. auch Geyer im Gerichtssaal 1874 S. 273 Anm., gegen seine früher ausgesprochene Ansicht.

[7]) Zu weit geht m. E. v. Liszt S. 315 A. 2, wenn er Binding vorwirft, er setze an Stelle des geschichtlich gewordenen Begriffs der KV. den durchaus selbstgeschaffenen der Gesundheitsverletzung. (Vorgänger Bindings sind u. a. Grolman, Grund-

Bedenklicher ist es, wenn man als Oberbegriff den der „Störung der körperlichen Unversehrtheit" setzt, wobei die „körperliche Unversehrtheit" in einem Sinne gebraucht wird, der eine sehr weite Auslegung zuläßt. Am weitesten geht nach dieser Richtung v. Liszt (S. 314 f.): „KV. ist die (widerrechtliche) Störung der körperlichen Unversehrtheit (der Lebensfunktionen) eines anderen. Sie liegt vor, sobald in den im Augenblicke des Handelns gegebenen körperlichen Zustand störend (sei es schädigend, sei es auch fördernd) eingegriffen wird[1]); sie wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie Mittel zu Heilzwecken ist. Doch muß ein gewisser, grundsätzlich nicht näher zu bestimmender Grad der Störung verlangt werden. Schmerzempfindung ist in keinem Falle nötig." Aus diesem nicht ganz klaren Begriff folgert v. Liszt, daß u. a. als KV. erscheinen: das Abschneiden von Haaren [der Friseur begeht also eine KV. mit Einwilligung des Verletzten; noch dazu deckt ihn gerade nach v. Liszt diese Einwilligung nicht!][2]); Herbeiführen von Erbrechen, Durchfall [auch wenn es der Gesundheit förderlich ist, s. o.], Samenerguß [„jeder Zeugungsakt ist also Selbstverletzung" bemerkt hierzu Binding]; das Berauschen, Betäuben (Chloroformieren), Hypnotisieren; Erregen von Schmerz; von Unbehagen, Ekel, Abscheu, Furcht, Schrecken nur dann, wenn die Störung keine ganz unbedeutende war [Dramatiker alter und neuer Schule stehen also in dieser Beziehung dem Friseur gleich]; unter derselben Voraussetzung störende Einwirkung auf die Sinne (Katzenmusik, blendendes Licht, Gestank, Kitzeln, Kratzen, unzüchtige Berührung); Verursachung von Hunger und Durst. Alles dies soll als KV. strafbar sein, auch wenn die Einwilligung des Verletzten hinzutritt, ja auch bei bloßer Fahrlässigkeit (§ 230 RStrGB.). Wie weit müßten die Menschen einander ausweichen, um der Gefahr zu entgehen, sich durch „störende Einwirkung auf die Sinne des anderen" strafbar zu machen!

---

sätze, 2. A. 1805 § 247; Martin, Lehrb., 2. A. 1829, § 128; v. Wächter, Lehrb. II, 1826, § 174 Anm. 75; Bauer, Lehrb., 1. A. 1827, § 178; Abegg, Untersuchungen S. 379 f.; Hälschner, Preuß. Strafr. III S. 136.) Richtig ist jedoch, daß Binding das Wort „Gesundheit" in einer selbstherrlich zurechtgemachten Bedeutung verwendet. Vergl. auch Geyer in v. Holtz. Hdb. III, S. 526 Anm. 1. — Beling in Zeitschr. f. ges. Strafr. 18, S. 286 verlangt für jede KV. eine „Schädigung des Gesamtorganismus"; das ist ganz willkürlich.

[1]) Vergl. Geyer in v. Holtz. Hdb. III S. 518, 525 f., 529, IV S. 363 f. Nach ihm ist KV. „jede widerrechtliche Einwirkung auf den Körper eines anderen, also jede Störung des physiologischen Zustandes eines anderen", nicht aber die Erregung von Furcht, Schrecken oder Ärger.

[2]) Vergl. v. Liszt S. 316; auch nach Hälschner II S. 85 A. 3 in Verbindung mit S. 91 könnte ich gegen meinen Friseur mit Erfolg den Strafantrag stellen! Ähnlich aus einer zugestandenen „erweiternden Auslegung" des Gesetzes heraus, Meyer S. 471 und auch Olshausen zu § 223 N. 4b, 6b. Dagegen Merkel a. a. O.; Binding, Lehrb. I S. 42 f.; Entsch. d. RG. (I) v. 2. Juli 96, E. 29, 58 („weil die Unversehrtheit des Körpers an und für sich kein strafrechtlicher Begriff und ihre Verletzung nicht absolut, sondern nur in bezug auf die Rechtsgüter, gegen die sich der rechtswidrige Angriff richtet, unter Strafe gestellt ist"). — Daß durch schmerzhaftes Ausreißen von Haaren Mißhandlung, durch Entfernung des Haarschutzes Gesundheitsbeschädigung begangen werden kann, ist selbstverständlich.

Die Ansicht v. Liszts ist seltsam in ihren Konsequenzen; sie ist es nicht mehr, wenn man sie als ein Stück rechtsgeschichtlicher Entwicklung betrachtet. Diese Überspannung des Begriffes der KV. bedeutet ein Zurückgreifen auf die römische injuria, welches in der Vorgeschichte des preußischen StrGB. seinen historischen Anknüpfungspunkt findet[1]); sie entspringt einem tiefen Bedürfnisse nach ausreichendem Schutze der Persönlichkeit.[2]) Ich will damit nicht sagen, daß sie dem geltenden Rechte gemäß, daß sie de lege ferenda vorzuziehen sei. Das moderne Recht hat aus guten Gründen den weiten Begriff der römischen injuria nicht rezipiert; dieser Begriff setzt eben wegen seiner außerordentlichen Dehnbarkeit und Schmiegsamkeit einen Richterstand voraus, der in größter Selbständigkeit jene künstlerische Gestaltungskraft entwickelt, welche den römischen Juristen zu eigen war. Wir haben solche Juristen, solche Richter nicht mehr, wir würden sie auch heute, in Strafsachen wenigstens, nicht vertragen; wir wollen da weniger künstlerische Freiheit, dafür mehr handwerksmäßige Zuverlässigkeit. Darum hat auch das RStrGB. das Rechtsgut der Persönlichkeit, welches Gegenstand der römischen injuria ist, in einzelne leichter zu handhabende Rechtsgüter der körperlichen Integrität, der Ehre, der Freiheit, des Hausrechts usw. zerteilt[3]), wobei manches wertvolle Stück verloren gegangen ist[4]); wer gegen meinen Willen mich kuriert oder berauscht, oder mir die Haare stutzt, der vergeht sich nun nicht gegen meine körperliche Integrität, sondern gegen ein Freiheitsrecht, das Recht der freien Verfügung über meine Persönlichkeit; darum ist der Gedanke, daß diese Handlungen auch mit Zustimmung des „Verletzten" strafbar sein sollen, so unerträglich. Das Abschneiden des Zopfes oder Bartes kann auch eine dauernde Verunglimpfung des Verletzten bedeuten und daher als „Beleidigung mittels einer Tätlichkeit" (§ 185 RStrGB.) strafbar sein.[5]) Andere Fälle, wie die Erregung von peinigenden Sinneseindrücken oder Gefühlen, richten sich gegen die Persönlichkeit, aber nicht gegen den Körper; sie bedürfen einer gesetzlichen Fürsorge, lassen sich aber den KV. nicht angliedern, weil sie ihrer Natur nach verschieden, einer ganz anderen Regelung bedürfen.

---

[1]) Vergl. oben S. 213; ich kann daher auch Bindings Urteil, daß v. Liszt „an Stelle des geschichtlichen Begriffs einen selbstgeschaffenen setzt" (Lehrb. I S. 43) nicht teilen; es handelt sich vielmehr m. E. um einen Kampf zweier historisch fundierter Auffassungen.

[2]) Charakteristisch hierfür ist eine Bemerkung v. Liszts: „Auch die ‚Förderung' meiner ‚Gesundheit' brauche ich mir gegen meinen Willen nicht gefallen zu lassen" (S. 315 Anm. 1). Darum nimmt v. Liszt auch bei der zweckmäßigen ärztlichen Operation gegen den Willen des Patienten das Vorhandensein des Deliktes der KV. an, a. a. O., ferner S. 154 und in dem Aufsatze: Die Verantwortlichkeit bei ärztl. Hdlgn. (SA. aus Zeitschr. f. ärztl. Fortbildung, 1904 N. 6f.), S. 32f., übrigens mit RG. (III) v. 31. Mai 94, E. 25, 375.

[3]) Vergl. Landsberg, injuria S. 99ff.; ferner unten S. 238 die Bemerkungen über den russischen Entw.

[4]) Vergl. die schönen Ausführungen Bindings, Lehrb. I S. 20.

[5]) Treffend RG. (I) v. 2. Juli 96, E. 29, 58.

2. Die Abstufungen der Körperverletzung.

Dem Bedürfnisse, innerhalb der KV. der Schwere nach zwei oder mehrere Grade zu unterscheiden, kann in verschiedener Weise entsprochen werden.[1]) Man kann diese Grade mit allgemeinen Ausdrücken bezeichnen, etwa von „atrox iniuria“ oder von einer „schweren KV.“ schlechthin sprechen (wie es im englischen und teilweise im österreichischen Rechte der Fall ist); dann überläßt man die genauere Abgrenzung dem Richter, der gerne, wenn auch wider die Absicht des Gesetzes, die Verantwortung auf den Sachverständigen abwälzt, indem er ihn fragt, ob die KV. „schwer“ oder „erheblich“ sei. Die andere Methode besteht darin, die Grade der KV. nach möglichst scharf umrissenen, einzeln aufgezählten äußeren Kriterien festzustellen, wie es das germanische Recht liebte.

Das preußische StrGB. v. 1851, in der Fassung der Novelle v. 14. April 1856[2]) befolgte ein gemischtes System. Die schwere KV. war in § 193 bezeichnet durch die Worte: „Ist . . . . der Verletzte verstümmelt, oder der Sprache, des Gesichtes, des Gehörs oder der Zeugungskraft beraubt, oder in eine Geisteskrankheit versetzt worden . . . .“. Zwischen die leichte und die schwere KV. stellte dann der § 192a die „erhebliche“ KV., welche durch mehr generell gehaltene Merkmale bestimmt war: „Hat eine vorsätzliche Mißhandlung oder KV. erhebliche Nachteile für die Gesundheit oder die Gliedmaßen des Verletzten, oder eine länger andauernde Arbeitsunfähigkeit zur Folge gehabt . . . .“ Das Gutachten der königl. wissenschaftl. Deputation für das Medizinalwesen v. 24. März 1869[3]) tadelt mit Recht, daß an die Sachverständigen Fragen gestellt wurden, ob der Nachteil ein erheblicher, ob die Arbeitsunfähigkeit eine länger dauernde gewesen sei; ja sie wurden sogar mit der Frage befaßt, ob von dem Gesetze die Unfähigkeit zu jeder Arbeit, oder zu gewöhnlicher körperlicher Arbeit, oder zu der gewohnten, berufsmäßigen Arbeit des Verletzten gemeint sei.[4]) Nichts ist begreiflicher, als daß die Ärzte solche Zumutungen mit einem Gefühle des Unbehagens aufnahmen und darnach strebten, „diese Kriterien (nämlich die der erheblichen und der schweren KV.) so scharf als möglich festzustellen“. Das Gutachten arbeitet nach diesem Prinzipe zwei Paragraphenentwürfe aus; den einen an Stelle des § 192a, der die generellen Bezeichnungen doch nicht ganz entbehren kann: „ . . . . welche eine mehr als zwanzigtägige Krankheit des Verletzten oder eine ebenso lange dauernde Unfähigkeit zu

[1]) Vergl. Berner im Gerichtssaal, 1866 S. 282f.

[2]) Die Entwicklungsgeschichte vom preuß. StrGB. von 1851 zum RStrGB. ist sehr instruktiv dargestellt bei John in Goltd. Arch. 25 S. 411ff.

[3]) Abgedruckt als Anlage zu den Mot. des StrGB.Entw. f. d. norddeutschen Bund unter dem Titel „Erörterung strafrechtlicher Fragen aus dem Gebiete der gerichtlichen Medizin“; vergl. das. S. 34f.

[4]) Die Folgen dieser auch außerhalb Preußens oft zu beobachtenden Unklarheit zeigen sich bis heute in der gerichtlich-medizinischen Literatur. Die durch die Gerichte irregeführten Ärzte glauben zumeist, es sei ihre Aufgabe, zu entscheiden, ob eine Verletzung „schwer“ sei (§ 152 österr. StrGB.), ob die Entstellung dauernd und erheblich sei (§ 224 RStrGB.) u. dgl.

gewohnter Arbeit oder eine schwere Erkrankung eines wichtigen Körperteiles oder den Verlust eines minder wichtigen Gliedes zur Folge hat..." Der zweite Paragraph (193), die Definition der schweren KV. enthaltend, ging fast wörtlich als § 224 in das RStrGB. über, nur daß der Entwurf der Ärzte noch den Fall enthielt: „wenn der Verletzte unmittelbar in Lebensgefahr gerät".

Die Motive zu Entw. III, S. 72 finden, daß die Bestimmung der „erheblichen" KV. in dem Entwurf der Ärzte die Zweifel nicht lösen werde; daß ferner gegen die Bestimmung über die Krankheitsdauer und die Arbeitsunfähigkeit „dieselben Bedenken zutreffen, welche die preußische Gesetzgebung im Jahre 1856 veranlaßten, von der Festsetzung einer bestimmten Dauer der infolge der KV. eingetretenen Arbeitsunfähigkeit Abstand zu nehmen.[1]) Es ist deshalb von der Aufstellung eines besonderen Vergehens der erheblichen KV. abgesehen" .... „Statt dessen ist das Strafmaß der vorsätzlichen KV., soweit es sich um Gefängnisstrafe handelt, im § 218 (jetzt § 223) von zwei auf drei Jahre erhöht. Dem Richter ist somit genügender Spielraum gegeben, die bisherigen Qualifikationsgründe bei Abmessung der Strafe zu würdigen."

Vergegenwärtigen wir uns, was der Gesetzgeber durch diese billige Auskunft bewirkt hat.[2]) Zu den leichten KV. gehören nunmehr, um uns an das „Gutachten" zu halten: „Verletzungen, welche das Leben gefährden, aber nicht aufheben, z. B. manche Fälle von penetrierenden Brustwunden, von Verletzungen größerer Gefäße, von Schädelbrüchen .... eine Verletzung des oder der Augen, welche so schwer ist, daß der Verletzte längere oder kürzere Zeit in Gefahr steht, das oder die Augen zu verlieren" (s. u.); schließlich alle lebensgefährlichen Verletzungen. Leicht ist auch „eine Verletzung, bei welcher durch einen Messerstich die Därme verletzt sind, eine Kotfistel vorhanden ist, die aber dennoch sich nach Verlauf eines längeren und schweren Krankenlagers schließt und ohne irgend erhebliche Beschwerden zurückzulassen, schließlich heilt. Das war doch eine schwere, ja meist tödliche Verletzung und dennoch paßt sie nicht in die Kategorien des § 224."[3])

---

[1]) Die hier bezogene Stelle der Motive zu dem preuß. Novellenentwurf v. 1856 lautet: „Indessen läßt sich nicht leugnen, daß diese Einteilung [mit der festen Grenze der zwanzigtägigen Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit] in Beziehung auf die materielle Gerechtigkeit zu manchen Bedenken Veranlassung gibt .... Es ist nicht zu verkennen, daß die erwähnte Einteilung zu viel von dem Zufalle abhängig macht. Der Unterschied eines Tages kann eine ganz verschiedene Strafe herbeiführen .... Muß man auch anerkennen, daß .... der Verbrecher auch für die zufälligen Folgen einer von ihm vorsätzlich verübten strafbaren Handlung verantwortlich bleibt, ... so sind doch alle diese Umstände geeignet, die Frage näher ins Auge zu fassen usw." (Zitiert nach Goltdammers Arch. 25 S. 417.)

[2]) Vergl. Berner, Kritik, S. 53, dessen Ausführungen leider nicht beachtet wurden; John a. a. O.

[3]) So Liman in v. Holtzendorffs Hdb. III, S. 477. Der Fall gehört jetzt unter § 223 a; aber wir können ja das Messer auslassen und etwa an einen heftigen Fußtritt gegen den Bauch mit Zerreißung innerer Organe denken. Vergl. Casper-

Knochenbrüche[1]), lebensgefährliche Verletzungen, Tritte gegen den Bauch einer Schwangeren mit Abortus als Folge[2]), Ohrfeigen und harmlose Rippenstöße werden also in einen Topf geworfen!

Die Fehlerhaftigkeit dieses Vorgehens läßt sich nicht hoch genug einschätzen. Es ist eines der obersten Gebote der Kriminalpolitik, unter einer Deliktsbezeichnung nur Gleichartiges und ungefähr Gleichwertiges zu vereinigen. Wenn man hört, es sei jemand wegen „einfachen Diebstahls" verurteilt worden, so soll man sich dabei irgend etwas denken können. Welche Vorstellung soll sich aber das Volk von der „leichten KV." bilden, wenn unter diesem Titel so verschiedenartige Taten abgeurteilt werden?

Diese Zusammenfassung ungleichartiger Elemente zu einer gesetzlichen Einheit hat aber noch weitere, tief einschneidende Folgen: das Ungleichartige wird gleichartig behandelt! Straflosigkeit des Versuches, Antragserfordernis, schuldausschließende Kraft der Einwilligung des Verletzten haben einen ganz guten Sinn für Ohrfeigen und Rippenstöße, sind aber ganz unhaltbar für die oben genannten schwereren Fälle. Auch der Strafsatz (bis zu drei Jahren Gefängnis) ist ganz unzureichend, wenn man erwägt, daß er noch Fällen gerecht werden soll, in welchen ein mehrfach Rückfälliger diese schweren eingetretenen Erfolge im Sinne des § 225 „beabsichtigt" hat.[3])

Diese Fehler waren vermeidbar. Anders jedoch steht es um die Mängel, die sich aus der taxativen Aufzählung der Fälle schwerer KV. von selbst ergeben. Jede solche Aufzählung wird bei der großen Zahl der Möglichkeiten, welche sie erschöpfen sollte, unvollständig sein; und die Kunst des Juristen wird auf die Interpretation der zur Abgrenzung verwendeten Worte verschwendet, statt die Frage zu entscheiden, welche Bedeutung für Leib und Leben die fragliche Verletzung habe.[4])

Liman I, S. 290 ff., 337 ff.; Hauser in Vierteljahrschr. f. gerichtl. Med., NF. Bd. 38, S. 96, hebt hervor, daß das Gesetz insbesondere Verletzungen des Rumpfes ganz vernachlässigt; weitere, sehr auffallende Beispiele werden sich uns bei der Abgrenzung der einzelnen Fälle schwerer KV. ergeben.

[1]) Vergl. z. B. RG. (II) v. 27. Mai 87, E. 16, 129 (R. 9, 348).

[2]) Vergl. Casper-Liman I, S. 340.

[3]) John a. a. O. S. 419 f. macht auf folgendes aufmerksam: Nach dem preuß. StrGB. v. 1851 waren KV., „die eine Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit von einer längeren als zwanzigtägigen Dauer zur Folge gehabt", als schwere KV. innerhalb der Strafgrenzen von 6 Monaten Gefängnis bis zu 15 Jahren Zuchthaus strafbar; die Novelle von 1856 erklärt diese KV. als erhebliche, und die Strafe bewegt sich zwischen 4 Wochen und 5 Jahren Gefängnis; nach RStrGB. sind diese KV. leicht und können mit 3—1000 Mark Geldstrafe oder mit Gefängnis von 1 Tage bis zu 3 Jahren bestraft werden.

[4]) Skrzeczka in Vierteljahrschr. f. ger. Med. NF. S. 250 kann dies nicht begreifen; er meint, der Gesetzgeber könne „nicht die Absicht gehabt haben, andere Verletzungen, welche zweifellos ebenso große Nachteile herbeiführen als die namentlich aufgezählten sind, auszuschließen und sie als leichte mit gelinderen Strafen zu ahnden". Der Arzt verkennt hier das Wesen der taxativen Aufzählung.

Dies zeigt sich gleich bei dem ersten Falle der schweren KV. des § 224, „Verlust eines wichtigen Gliedes“, welcher an Stelle der „Verstümmelung“ des preuß. StrGB. getreten ist. Heißt hier „Glied“ soviel wie „ein Körperteil, der mit einem anderen durch Gelenke verbunden ist“, oder „der eine in sich abgeschlossene Existenz mit besonderer Funktion im Gesamtorganismus hat“?[1])

Unter „Verlust“ ist nur Abtrennung des Gliedes zu verstehen; wenn das wichtige Glied nur kraftlos am Körper herabhängt, dann ist es nicht „verloren“, und die naheliegende Analogie ist durch die taxative Form der Aufzählung ausgeschlossen. Selbst wenn der Verletzte seine Hände so steif bekommt, daß er dauernd arbeitsunfähig wird, ist die KV. eine „leichte“.[2])

Die Bezeichnung des Gliedes als eines „wichtigen“ läßt dem verständigen Ermessen des Gerichts einen gewissen Spielraum[3]); die Wichtigkeit ist wohl nach allgemeinen Merkmalen, nicht nach den individuellen Verhältnissen des Verletzten zu werten.[4])

Ebenso unerquicklich ist der zweite Fall: „Verlust des Sehvermögens auf einem oder beiden Augen“. Das Reichsgericht[5]) mag ganz richtig interpretiert haben, daß „Sehen“ nach dem allgemeinen Sprachgebrauche die „Fähigkeit, äußere Gegenstände durch das Auge wahrzunehmen“ bedeutet; daß man daher von einem Verlust des Sehvermögens nicht sprechen kann, sobald der Verletzte „auf ca. $^1/_2$ bis 1 Fuß Entfernung einzelne Finger sehen kann“, wenn auch das Auge zu praktischer Arbeit, ja selbst zur Orientierung ganz untauglich ist. Minder überzeugend ist es,

[1]) Unentschieden das RG. (I) v. 3. (oder 7.?) März 81, E. 3, 391 (= R. 3, 126) und (II) v. 9. Juni 82, E. 6, 346; vergl. Olshausen zu § 224 N. 5, Frank zu § 224, II, 1; Skrzeczka a. a. O. S. 251: „Die Glieder des Körpers sind nur: Arme, Beine, Hände, Füße, Finger und Zehen. Die Glieder der Finger und Zehen sind keine Glieder des Körpers, sondern nur Teile dieser Glieder.“ Der Streit ist praktisch nicht sehr bedeutsam, da Verlust von Nase, Ohren und Penis unter andere Fälle des § 224 passen; vergl. aber den Verlust der Mamma bei Casper-Liman I S. 337.

[2]) So das RG. (I) v. 15. Nov. 80, E. 3, 33; vergl. (III) v. 1. Febr. 82, E. 6, 4 und (I) v. 23. Febr. 82, E. 6, 65. Übereinstimmend die meisten Theoretiker; abweichend v. Schwarze und Oppenhoff. Anderseits gilt die Lähmung eines Armes nicht als „Verfallen in Lähmung“ (s. unten). — Man hat die Mahnung Berners (Goltd. Arch. 1867, S. 737) nicht beachtet.

[3]) Ich halte dies nicht für einen Fehler; a. A. Hälschner II S. 100. Das Reichsgericht bezeichnet mit Recht einzelne Finger nicht als „wichtige Glieder“. (II) v. 9. Juni 82, E. 6, 346; (III) v. 4. Juni 83, R. 5, 403.

[4]) Vergl. RG. (II) v. 9. Juni 82, E. 6, 346; ebenso Geyer in v. Holtzend. Hdb. III S. 540f.; Olshausen zu § 224 N. 5; Hälschner II S. 100; a. A. Binding, Lehrb. I S. 49. Bindings Frage, warum bei Verlust von Fingern und Zehen sich die „Wichtigkeit“ nicht nach der Individualität des Angegriffenen, besonders nach seinem Berufe, bestimmen soll, möchte ich dahin beantworten: „weil das RStrGB. die damit verbundene Zufälligkeit ablehnt, indem es von der Berufsunfähigkeit als Qualifikationsgrund absieht“. Man darf wohl nicht die Berufsschädigung auf diesem Umwege wieder in das Gesetz einführen. — Die medizinische Literatur geht zumeist mit Binding; vergl. z. B. Casper-Liman I S. 295.

[5]) Entsch. (III) v. 28. Sept. 81, R. 3, 551; (I) v. 25. März 86, E. 14, 4; (IV) v. 4. Mai 86, E. 14, 118; (II) v. 6. März 95, E. 27, 80; vergl. Liman in v. Holtzend. Hdb. III S. 479.



daß „Verlust“ des Sehvermögens eingetreten sein soll, wenn das Auge durch eine Operation geheilt werden kann[1]), dahingegen nicht eingetreten, wenn zur Zeit des Urteils die völlige Erblindung zwar noch nicht eingetreten ist, aber in sicherer Aussicht steht.[2]) Das Resultat der Interpretation dieser allerdings scharf begrenzenden Worte ist folgendes: A hat das Sehvermögen eines Auges verloren (und dieses kann noch gerettet werden!); das andere Auge ist im besten Zustande geblieben; A ist schwer verletzt. B hingegen ist auf beiden Augen so geschwächt, daß er weder lesen, noch irgend etwas arbeiten, noch auch sich allein auf der Straße bewegen kann (und es steht seine völlige Erblindung in sicherer Aussicht); er ist leicht verletzt! Wenn das geltende österreichische StrGB. (§ 156a) von „Verlust oder bleibender Schwächung der Sprache, des Gesichtes oder Gehöres“ spricht, so ist das minder präzise, schließt aber dafür so krasse Ungereimtheiten aus.

Besser sind die Bestimmungen durch: Verlust des Gehöres (also des Sinnes; es genügt nicht Taubheit auf einem Ohre); der Sprache (d. h. der Fähigkeit artikulierten Sprechens) und der Zeugungsfähigkeit; darunter ist beim Manne die potentia generandi, beim Weibe die Fähigkeit zu verstehen, ein Kind zu konzipieren und in lebensfähigem Zustande zu gebären.[3])

Der nächste Fall ist die „dauernde Entstellung in erheblicher Weise“; mit dem Worte „erheblich“ ist ein generelles, nicht scharf umrissenes Begriffsmoment eingeführt; wie ich glaube sehr zum Vorteile der Sache. Die Rechtsprechung[4]) ist in Übereinstimmung mit der in der Theorie herrschenden Lehre auf richtiger Bahn; sie verlangt eine „wesentliche, die äußere Gesamterscheinung des Menschen verändernde Deformation“; natürlich kann eine Verunstaltung einzelner Körperteile, insbesondere des Antlitzes, die Gesamterscheinung entstellen, nicht aber z. B. Lähmung und Steifheit der Finger einer Hand. Die Möglichkeit, den Defekt durch künstliche Hilfsmittel (Glasauge, falsche Zähne, Perücke) zu verdecken, schließt

---

[1]) Der Verletzte hätte es in seiner Macht, sich erst nach dem Urteile operieren zu lassen und dadurch die Situation des Angeklagten wesentlich zu verschlechtern! Das wäre auf dem Gebiete des Strafrechtes noch viel bedenklicher als auf anderen Rechtsgebieten. (A verweigert die Zustimmung zu einer unbedenklichen Operation, um die Unfallsrente zu beziehen oder um sich einen tüchtigen Schadenersatz herauszuschlagen; vergl. Endemann, Die Rechtswirkung der Ablehnung einer Operation, 1893.)

[2]) Das Reichsgericht meint, der Verletzte könne ja noch vor der wirklichen Erblindung sterben; das Argument ist de lege lata nicht ganz zu verwerfen. Wie soll sich nun das Gericht verhalten? Soll es in wohlwollender Absicht zum Urteile drängen, oder soll es das Urteil verzögern, bis der Erfolg eingetreten ist? Vergl. Casper-Liman S. 291.

[3]) Richtig v. Liszt S. 318; Olshausen N. 6d; vergl. Casper-Liman I S. 73, 299f., 349f.; Rieger, Die Kastration S. 15; Hauser a. a. O. 102. Ungenau Binding, Lehrb. S. 49: „d. i. bei Frauen die Konzeptionsfähigkeit“. Entsprechender wäre natürlich der Ausdruck „Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit“. — Rieger hat in dem genannten Buche vom ärztlichen Standpunkte aus nachzuweisen gesucht, daß die Kastration eine relativ geringe Schädigung des Verletzten bedinge. Um so mehr ist für die Gesetzgebung die Festhaltung der besonderen Behandlung derselben geboten.

[4]) Vergl. RG. (I) v. 7. März 81, E. 3, 391; (III) v. 1. Febr. 82, E. 6, 5; (II) v. 1. Okt. 86, E. 14, 344.

das Vorhandensein der Entstellung nicht aus; dagegen liegt diese nicht vor, wenn der betroffene Körperteil in der Regel durch die Kleidung verdeckt ist[1]); bedenklich erscheint es mir, wenn das Reichsgericht dabei auf „die natürlichen und sozialen Lebensverhältnisse des Verletzten" Rücksichten nehmen will, so daß z. B. eine Tänzerin anders zu behandeln wäre als eine Arbeiterin; denn die Berücksichtigung des Berufes und der sozialen Stellung des Verletzten hat das RStrGB. abgelehnt.[2])

Die Entstellung muß „dauernd" sein; auch dieser Ausdruck entbehrt der Schärfe und gibt dem vernünftigen Ermessen des Richters Raum. Die Entstellung wird als dauernd anzusehen sein, wenn sie voraussichtlich längere Zeit, z. B. ein Jahr, anhalten wird.[3])

Schließlich sagt das Gesetz: „wenn der Verletzte in Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit verfällt". Der Begriff des „Siechtums" „setzt an sich schon eine längere Dauer voraus" (Mot. zu Entw. III, §§ 218—221), und die Gleichstellung der Lähmung und der Geisteskrankheit sowie der Ausdruck „Verfallen in Lähmung usw." deuten darauf hin, daß es sich auch in den beiden anderen Fällen um dauernde Zustände (in dem eben entwickelten Sinne) handeln müsse[4]); unheilbar müssen diese Zustände nicht sein[5]); aus denselben Gründen ergibt sich, daß auch die Lähmung eine für den ganzen Organismus entscheidende Bedeutung haben muß[6]); wer Lähmung eines Fingers, einer Hand — nach der Meinung des Reichsgerichtes selbst eines Armes — davonträgt, von dem kann man nicht sagen, er sei „in Lähmung verfallen"[7]); anders wohl, wenn die Schließmuskeln der Blase oder des Afters gelähmt sind.[8])

Mit „Siechtum" wird ein länger dauernder, schwerer Krankheitszustand bezeichnet; „der Begriff des Verfallens in Siechtum erfordert einen chronischen Krankheitszustand, welcher, den gesamten Organismus des Verletzten ergreifend, eine erhebliche Beeinträchtigung des Allgemeinbefindens,

[1]) Dagegen v. Liszt S. 318 u. Hauser a. a. O. S. 103, der auf die Bedeutung hinweist, welche derartige gewöhnlich bedeckte entstellende KV. im (Liebes- und) Eheleben haben können. Vergl. Casper-Liman I S. 352. Die Frage erheischt positive Regelung. Die Berücksichtigung der Sichtbarkeit der Wunden (trotz normaler Bekleidung) ist dem alten germanischen Rechte eigen; vergl. Wilda S. 745f.; Schmidt S. 40f.; His S. 319, 320.

[2]) Vergl. oben S. 220 Anm. 1.

[3]) Anders Oppenhoff zu § 224 N. 5; Olshausen zu § 224 N. 7; Binding, Lehrb. I S. 49: „sie gilt als dauernd, wenn nicht ihr Verschwinden innerhalb bestimmter Heilungszeit anzunehmen ist". Wie aber, wenn der Arzt sagt: „Die Entstellung wird in fünf Jahren nicht mehr erheblich sein"?

[4]) Vergl. Olshausen N. 8; Frank II 7; für die Geisteskrankheit ist dies bestritten; vergl. Olshausen N. 9, c; v. Liszt, S. 319; dagegen Binding I S. 49.

[5]) Vergl. RG. (I) v. 29. Okt. 83, R. 5, 649.

[6]) Herrschende Meinung! RG. (III) v. 1. Febr. 82, E. 6, 4; (II) v. 23. Febr. 82, E. 6, 65; (I) v. 25. Sept. 84, R. 6, 565; (I) v. 8. Dez. 90, E. 21, 223.

[7]) Skrzeczka a. a. O. S. 257f. versucht eine ausdehnende Interpretation des Gesetzes, da ihm das Resultat natürlich nicht gefällt.

[8]) Vergl. v. Liszt u. Frank a. a. O. Übrigens könnte man hier auch von „Siechtum" sprechen; vergl. Skrzeczka a. a. O. S. 262; Hauser a. a. O. S. 106.

ein Schwinden der Körperkräfte, Hinfälligkeit zur Folge hat; welcher nicht unheilbar zu sein braucht, dessen Heilung aber überhaupt oder doch der Zeit nach sich nicht bestimmen läßt".[1]) Darüber, daß Siechtum nicht schlechthin identisch ist mit Krankheit, herrscht Einigkeit; auch das österreichische StrGB. § 156 lit. b unterscheidet „immerwährendes Siechtum" und „unheilbare Krankheit", setzt aber beide Fälle gleich. Wer auf einen Menschen vorsätzlich Syphilis überträgt, etwa geleitet durch den Aberglauben, daß er durch den Beischlaf mit einer Jungfrau seine eigene Krankheit los werden könne[2]), der kann eine der Folgen des § 224 verursachen, er kann insbesondere sein Opfer siech machen[3]); es ist aber auch möglich, daß die Folge nur eine „unheilbare Krankheit" ohne jene beim „Siechtum" vorausgesetzte Hinfälligkeit ist.[4]) In Österreich fiele dieser Täter unter den höchsten Strafsatz für KV., in Deutschland wäre das eine leichte KV., ein Antragsdelikt.[5])

Eine neue Schwierigkeit ergibt sich aus dem Ausdrucke „Verfallen in Lähmung"? Ist ein Mann gelähmt, der ein gebrochenes Bein hat und daher nicht gehen kann? Die preußische wissenschaftliche Deputation hat diese Frage bejaht, wurde aber von Liman und vom sächsischen Landesmedizinal-Kollegium desavouiert[6]), und zwar, wie mir scheint, mit vollem

[1]) So RG. (III) v. 9. April 85, E. 12, 127 u. (II) v. 13. Jan. 88, R. 10, 32, im Anschlusse an Gutachten der preuß. wissenschaftl. Deputation für Medizinalwesen und des sächs. Landes-Med.-Kolleg.; vergl. Casper-Liman I S. 301; v. Hölder, Gerichtssaal 1876 S. 465ff.; v. Schwarze zu § 224 N. 9; Olshausen N. 9a. — Vergl. Hofmann, Gerichtl. Med. S. 319: „Mit dem Begriffe Siechtum verbindet man dem gewöhnlichen Sprachgebrauche zufolge nicht bloß den einer chronischen Krankheit, sondern auch den der Schwäche und Hinfälligkeit und dadurch bewirkter Unfähigkeit zu ausgiebiger Arbeitsleistung und zum Lebensgenuß." Vergl. das. S. 328f. u. Skrzeczka a. a. O. S. 255; Blumenstock bei Maschka I S. 132 meint dagegen, daß sich ein Unterschied von immerwährendem Siechtum und unheilbarer Krankheit nicht finden lasse. Ob neben der „Geisteskrankheit" auch ein „geistiges Siechtum" anzunehmen ist? Vergl. dazu Hauser a. a. O. S. 104f.

[2]) Vergl. über diesen weit verbreiteten Aberglauben Rudeck, Syphilis S. 7ff.

[3]) Vergl. Skrzeczka a. a. O.; Rudeck a. a. O. S. 27.

[4]) Die Tausende von syphilitischen Arbeitern, Soldaten etc. können doch nicht als „siech" bezeichnet werden! Für diese Frage ist es auch bedeutsam, daß das Reichsgericht drohende, aber noch nicht eingetretene Folgen nicht in Betracht zieht (s. oben).

[5]) Vergl. v. Bar, Gutachten S. 64ff. Die „vielbesprochenen und mit Recht allgemein verdammten ärztlichen Versuche, die Syphilis auf gesunde Menschen zu verimpfen" (Rudeck S. 24) würde ich allerdings als Vergiftung behandeln, da der Arzt den dolus des § 229 hat; der abergläubische Handwerksbursche aber weiß nicht, daß er durch den Beischlaf der Konkumbentin „einen Stoff beibringt, welcher die Gesundheit zu zerstören geeignet ist". Für die Annahme von Vergiftung Casper-Liman I S. 347; v. Liszt, Aufsätze II S. 475; vergl. v. Bar, a. a. O. S. 67 Anm. 3.

[6]) Vergl. das Gutachten der preuß. Deputation in Vierteljahrschr. f. gerichtl. Med. NF. 16, S. 1ff.: „Die Unfähigkeit, einen bestimmten Bewegungsapparat des Körpers zu denjenigen Bewegungen zu gebrauchen, für welche er von Natur eingerichtet ist, ist kurzweg als ‚Lähmung' zu bezeichnen, gleichviel ob das Hindernis der Bewegung in einem Zentralorgan oder in einem peripherischen Teile des Körpers gelegen ist." Vergl. Liman in v. Holtzend. Hdb. III S. 477; Geyer das. S. 541f. u. Gerichtssaal 1874 S. 288; Casper-Liman I S. 302; Hauser a. a. O. S. 105f.; Olshausen N. 9, b.

Recht. Auch der gemeine Sprachgebrauch unterscheidet zwischen „Unbrauchbarkeit“ und „Lähmung“ eines Gliedes und spricht von Lähmung nur dann, wenn der aktive Teil des Bewegungsapparates, d. i. Nerven und Muskeln, außer Dienst gesetzt ist, nicht aber, wenn der passive Teil desselben (Knochen, Bänder, Gelenke) der Bewegung Widerstand bereitet. Das Resultat dieser Wortinterpretation ist jedoch so unbrauchbar, daß das Reichsgericht sich im Anschlusse an das Gutachten der preußischen Deputation zu einer Korrektur des Gesetzes entschlossen hat.[1])

Nicht eigentlich zu den Abstufungen der KV. gehört die sog. „Körperverletzung mit tödlichem Ausgange“ des § 226. Objektiv liegt eine Tötung vor, und nur auf der subjektiven Seite hat der Fall seine Besonderheit. Die KV. mit tödlichem Ausgang ist nichts als ein entarteter Sproß der gemeinrechtlichen Tötung mit dolus indirectus; am nächsten steht sie dem Totschlage des geltenden österr. Rechtes (§ 142), wie sie auch noch in den ersten preußischen Entwürfen als Totschlag behandelt wurde.[2])

Ebensowenig ist in diesem Zusammenhange der § 223a zu nennen; er will die KV. nicht nach dem Erfolge, sondern nach der gefährlichen Art ihrer Begehung qualifizieren[3]); er statuiert nicht ein Verletzungs-, sondern ein Gefährdungsverbrechen.

B. Das ausländische Recht.

Es ist wohl kein Zufall, daß die Engländer den Begriff der Realinjurie, wie sie ihn im römischen Rechte vorfanden, ohne wesentliche Änderung übernommen haben. „Heilig und unverletzlich ist die Persönlichkeit“; das ist der Grundgedanke, der in der Behandlung von assault (Angriff, gebildet aus ad und saltus) und battery (Schlagen, Prügelei) sich ausdrückt.[4])

Als assault gilt[5]) jeder Versuch, gegen die Person des anderen auch nur die geringste Gewalt anzuwenden, insbesondere auch der fehlgegangene

[1]) RG. (I) v. 8. Dez. 90, E. 21, 223. Skrzeczka a. a. O. S. 258f. vertritt die gleiche Meinung, gibt aber ganz offen zu, daß er ausdehnend interpretiere.

[2]) Vergl. Berner im Gerichtssaal 1867 S. 1ff.; Wachenfeld, Die Begriffe von Mord und Totschlag (1890), passim, und meine „Schuldformen“ I S. 278f.

[3]) Treffend John in Goltdammers Arch. 25 S. 412ff.

[4]) Blackstone, 3, ch. 8, pag. 120: „The least touching of another's person wilfully, or in anger, is a battery; for the law cannot draw the line between different degrees of violence, and therefore totally prohibits the first and lowest stage of it; every man's person being sacred, and no other having a right to meddle with it, in any the slightest manner. And therefore upon a similar principle the Cornelian law de injuriis prohibited pulsation as well as verberation; distinguishing verberation, which was accompanied with pain, from pulsation, which was attended with none.“ Dazu wird zitiert D. 47, 10, 5 (s. oben S. 209 Anm. 5). Diese Stelle übernimmt Russel Buch IV (Bd. III), S. 306.

[5]) Stephen Art. 262; Russel Buch IV (Bd. III), Kap. 10; Kenny, Outlines S. 151f.; Harris, Principles S. 184.

Schlag; die Freiheitsberaubung[1]); die Bedrohung mit einer nicht geladenen Pistole, die der andere für geladen hält[2]); nicht aber die drohende Geste oder das Drohwort, welche sich nicht unmittelbar in die Tat umsetzen zu wollen scheinen; denn hier beginnt das Gebiet der Verbalinjurie. Ein assault, bei dem auch nur die geringste Gewalt gegen die Person oder deren Kleidung geübt wird, erwächst zur battery; ein gewöhnlicher Schlag ist also gleichzeitig „assault and battery", abgekürzt auch assault genannt[3]); als Beispiele aus der Praxis führt Stephen an:

A zerschneidet das Kleid, welches B am Leibe trägt, ohne B selbst zu berühren oder auch nur berühren zu wollen.[4])

A hetzt einen Hund auf B, welcher den B beißt.

Ein Mann bewegt ein Mädchen unter dem trügerischen Vorwande einer ärztlichen Untersuchung, ihm zu gestatten, daß er sie entkleide.[5])

A berührt B, einen Knaben von acht Jahren, in unzüchtiger Weise, was B sich in Unkenntnis der Natur der Handlung gefallen läßt.[6])

A verleitet die B, ihm den Beischlaf zu gestatten, indem er sich für ihren Gatten ausgibt.[7]) Eine Frau anhalten und gegen ihren Willen küssen wurde ebenfalls als assault erklärt.[8])

Leichtere Fälle von assault — die Abgrenzung ist nicht scharf[9]) — werden vor zwei Friedensrichtern verhandelt; diese können auch finden, die Sache sei so geringfügig, daß sie überhaupt keine Strafe verdiene (so trifling as not to merit any punishment).[10])

Auf der Basis dieses weit ausgreifenden Grunddelikts baut sich dann nebst einer großen Zahl von anderen, näher spezialisierten Delikten auch die KV. im engeren Sinne auf.

---

[1]) Vielleicht Anklang an Dig. h. t. l. 22; vergl. Mommsen S. 793. Beispiel aus der Praxis: ein Lehrer läßt einen Knaben „nachsitzen", weil er eine Hausarbeit nicht gemacht hat, welche der Lehrer ihm ohne gesetzliche Berechtigung aufgegeben hat; Harris a. a. O. S. 184f.

[2]) Vergl. Russel a. a. O. S. 304f.; Bishop II § 32.

[3]) Kenny, Outlines S. 151.

[4]) Vergl. oben S. 210 Anm. 4. Das Kleiderzerreißen wird auch in germanischen Quellen erwähnt; s. z. B. His S. 327.

[5]) Vergl. oben S. 210 Anm. 7, 8.

[6]) Assaults in der Absicht, sodomy oder any indecent assault upon any male person auszuüben sind sehr schwer strafbar (bis zu 10 Jahren penal servitude) gemäß O. P. A. § 62. Vergl. Stephen Art. 263.

[7]) Vergl. Bishop I § 261. Der Fall ist seither gesetzlich als „rape" (Notzucht) erklärt worden; s. Stephen Art. 270. — Auch hier trifft die Analogie mit der römischen injuria zu: vergl. oben S. 210 Anm. 8.

[8]) Bishop II § 28; er zitiert dafür die Entscheidung Reg. v. Dungey, 4 Fost. u. F. 99, 103. Anspucken, Begießen mit Wasser gilt als battery; Bishop II § 72.

[9]) Vergl. O. P. A. § 46; Stephen (4. Aufl.) Art. 248ff. Die Sache erinnert sehr an die Abgrenzung der atrox injuria.

[10]) O. P. A. § 44; Russel III S. 319; Harris S. 188f.; Stephen (4. Aufl.) Art. 253. — Vergl. oben S. 210 Anm. 3. Der Entw. 1878 dehnt dieses Ermessen des Gerichts auf alle Delikte aus (§ 26). — Vergl. Bishop I § 213.

Als zweite Stufe ergibt sich der assault occasioning actual bodily harm, der Angriff, der einen wirklichen körperlichen Schaden verursacht.[1])

Die dritte Stufe ist gekennzeichnet durch Verwundung oder schwere KV., who . . . wounds or inflicts any grievous bodily harm[2]); unter Verwunden versteht die Rechtsprechung eine Trennung der Haut (auch der inneren, z. B. im Munde)[3]); als schwere KV. ist beispielsweise aufgezählt: maim (vergl. das mahemium der älteren Quellen), d. h. jemanden so verstümmeln, lähmen, eines Sinnes berauben u. dergl., daß seine Fähigkeit zu kämpfen herabgesetzt wird[4]); ferner disfigure, verunstalten; disable, körperlich untüchtig machen, schwächen, und zwar dauernd.[5]) Die Abgrenzung der einzelnen Stufen erfolgt also — bis auf das maim — durch Ausdrücke von sehr allgemeiner Fassung, bei deren Interpretation dem vernünftigen Ermessen des Richters ein weiter Spielraum geboten ist.

An diesen Grundlagen haben die Entwürfe festgehalten[6]); der Indian penal code weicht insofern ab, als er die Fälle des „grievous hurt" aufzählt.[7])

Im nordamerikanischen Rechte haben assault und battery die gleiche Bedeutung wie im englischen[8]); der Verein. Staaten-Entw. weicht jedoch (im Anschlusse an Ohio, § 6823) wesentlich von dem common law ab; unter der Rubrik „assault and battery" finden wir auch schon die bloße Drohung;

---

[1]) O. P. A. § 47; Stephen Art. 265; Kenny, Outlines S. 145.

[2]) O. P. A. §§ 18—20; Stephen Art. 257. Kenny a. a. O. S. 149f., hält die zweite und dritte Stufe für einheitlich, weil sie einen identischen Strafsatz habe, und gibt eine sehr komplizierte Erklärung für die Unterscheidung der beiden Fälle in der O. P. A. Seine Ansicht beruht auf einem groben Versehen; wenn actual bodily harm eintritt, kann nach § 47 höchstens penal servitude von drei Jahren eintreten, welches immer der dolus war; bei grievous bodily harm aber, wenn die Absicht darauf gerichtet war, ist das Maximum penal servitude for life (§ 18).

[3]) Stephen Art. 257, pag. 195 Anm. 3.

[4]) Ein altertümlicher Begriff, der noch praktische Bedeutung hat (s. unten „Einwilligung"). Als die größte Schädigung des Mannes wurde es empfunden, wenn er seine Persönlichkeit nicht mehr im Kampfe bewähren konnte; und der König verliert dabei auch einen Streiter! Unter diesem Gesichtspunkte ist es verständlich, daß Abschneiden von Fingern als maim gilt, nicht aber Abschneiden der Nase oder der Ohren: letztere braucht man nicht zum Fechten. Kastrieren fällt hierher (weil es den Kampfesmut herabsetzt); vergl. Blackstone III ch. 8, pag. 121 u. IV ch. 15, p. 205; Stephen Art. 227; derselbe, History III S. 108; Russel III S. 277f.; Kenny a. a. O. S. 146.

[5]) Harris a. a. O. S. 190.

[6]) Vergl. Entw. 1878 §§ 161, 149f., 157; 1879 §§ 203f., 190f., 199; 1880 §§ 557f., 540f., 544a. Die Unterscheidung von assault und battery entfällt; der Entw. 1878 § 122 definiert „maim" als „bodily harm, whereby a man is deprived of any member of his body or permanently deprived of the use of it or of any sense or faculty". Damit ist der alte Gesichtspunkt aufgegeben.

[7]) Vergl. § 320. Der Indian code unterscheidet assault und criminel force, § 349ff.

[8]) S. Bishop, Statutory crimes § 500; derselbe, Criminal law I § 548, II §§ 22ff., 70ff.; Wharton I §§ 603ff.

also eine Grenzerweiterung, die eine noch engere Anlehnung an die römische injuria bedeutet: „Whoever ..... unlawfully assaults or threatens another in a menacing manner, or unlawfully strikes or wounds[1]) another ....." (§ 286).

Die zweite Stufe ist in § 282 des Entw. bezeichnet durch die Worte: „Whoever .... wounds or inflicts grievous bodily harm upon another"; die Worte bedeuten das gleiche wie im englischen Rechte.[2])

Die dritte und höchste Stufe der KV. ist das maiming, die Verstümmelung, welche im Entw. ihren historischen Charakter ganz abgestreift hat.[3]) Der § 280 bestimmt: „Whoever ..... inflicts upon the person of another an injury which seriously disfigures his person by any mutilation thereof, or destroys or disables any member or organ of his body, or seriously diminishes his physical vigor by the injury of member or organ, is guilty of maiming ...." Die generellen Merkmale dieser Stufe sind recht glücklich zum Ausdruck gebracht.

Neben diesen Hauptstufen findet sich im Entw. die höchst allgemeine[4]) Bezeichnung „injure", „intent to injure", „injury" (§§ 280, 283, 284), die man etwa mit „verletzen, beschädigen" übersetzen könnte.

Der französische Code pénal, Art. 311, hatte ursprünglich als das Grunddelikt der KV. die blessures et coups genannt, „Wunden und Schläge".[5]) Daneben gilt nach Ansicht der Praxis bis heute fort der Art. 605 n. 8 des Code v. 3. brumaire an IV., welcher voies de fait und violences légères (Tätlichkeiten und leichte Gewalttaten) mit Polizeistrafe bedroht. Die Praxis hatte von Anfang an die Tendenz, die blessures et coups ausdehnend zu interpretieren; dieser Tendenz kam die Gesetzgebung entgegen, indem sie mit der Novelle v. 13. Mai 1863 dem Art. 311 noch die „autres violences ou voies de fait" einfügte[6]), „afin d'atteindre plus sûrement celles de ces violences qui, sans être précisément des coups, ont cependant un caractère de gravité punissable. Ainsi le fait d'avoir saisi un individu au corps, de l'avoir jeté à terre, de l'avoir poussé contre un corps dur, de lui avoir arraché les cheveux, de lui avoir craché au visage pourront désormais, sans contestation, tomber sous l'application de ces articles".[7]) Die große Freiheit, welche den Gerichten durch die Allgemeinheit der gesetzlichen Ausdrücke eingeräumt wird, benützen diese zu weitester Ausdehnung des Tatbestandes; ein chirurgischer Einstich

---

[1]) Die Verwundung gilt nur dann als assault, wenn sie nicht „wilfully and wrongfully" beigebracht wurde (§§ 286, 282); also mit Rücksicht auf die Schuld, nicht mit Rücksicht auf die Schwere des Erfolges; in letzterer Rücksicht gehört sie zur nächsten Stufe.

[2]) Vergl. Bishop, Statutory crimes §§ 314, 318; Wharton § 534.

[3]) Vergl. Bishop I § 547, II § 1001, Statutory crimes § 316; Wharton § 581. — Der Entw. folgt hier und bei der zweiten Stufe dem Ges. v. New-York §§ 206, 218.

[4]) Vergl. Bishop, Statutory crimes § 447.

[5]) Vergl. zum folgenden Chauveau et Hélie IV N. 1327 f., 1335; Blanche IV N. 556 ff.; Garraud IV N. 1702 ff., 1728; Garçon zu Art. 310 N. 10 ff.

[6]) Die Praxis hält die Bestimmung des Code v. 3 brumaire noch aufrecht für leichtere Fälle.

[7]) Travaux préparatoires, zitiert nach Garçon a. a. O. N. 10; der frühere Rechtszustand ist besonders eingehend geschildert bei Blanche IV N. 560.

gilt als blessure[1]), die Ohrfeige als coup[2]); als violence und voie de fait erscheinen nicht bloß Berührungen des Körpers, sondern auch Verursachung heftiger seelischer Eindrücke, wie Erschrecken durch abgefeuerte Schüsse[3]), Bedrohen mit Waffen, z. B. Losstürzen mit offenem Messer[4]), nicht aber bloß wörtliche Drohungen. Die Praxis hat also das Delikt sehr dem englischen assault angenähert; nicht Schutz des Körpers, sondern Schutz der Persönlichkeit ist die Losung.[5])

Die zweite Stufe der KV. ist in Art. 309 Abs. 1 gekennzeichnet: „si'l est résulté de ces sortes de violences une maladie ou incapacité de travail personnel pendant plus de vingt jours", Krankheit oder Unfähigkeit zu persönlicher Arbeit während mehr als 20 Tagen.[6]) Es ist heute überwiegende Meinung, daß mit dem travail personnel nichts anderes gemeint sei, als der travail corporel des Code pénal von 1791, und daß es keineswegs darauf ankomme, ob das Opfer seiner gewohnten Beschäftigung nachgehen könne. Diese Auslegung schließt die ärgsten Zufälligkeiten aus, die sich aus der sozialen Stellung, dem Berufe oder gar der Berufslosigkeit des Opfers ergeben würden. Über den erforderlichen Grad der Unfähigkeit (zur durchschnittlichen körperlichen Arbeit oder zu irgend einer körperlichen Arbeit) herrscht keine Einigkeit.[7])

Die dritte Stufe wurde erst durch Gesetz vom 13. Mai 1863 dem Art. 309 als 3. Abs. eingefügt: „Quand les violences ci-dessus exprimées auront été suivies de mutilation, amputation ou privation de l'usage d'un membre, cécité, perte d'un œil ou autres infirmités permanentes."[8]) Die Aufzählung ist recht unvollständig.[9])

---

[1]) Garçon a. a. O. N. 14.

[2]) Chauveau u. Hélie 1335; Garçon 22.

[3]) Dagegen vergl. Nypels zu Art. 398 N. 14.

[4]) Es entspricht dies dem Bedürfnisse, Versuchshandlungen, die an sich straflos sind (s. unten), zu treffen.

[5]) Garraud IV 1696a charakterisiert treffend, wenn auch voreilig verallgemeinernd, diesen modernen Zug: „ Et tandis que les législations du passé restreignaient la protection de la loi pénale à l'intégrité seule de la personne physique, les législations modernes protègent, contre tout acte de violence, l'intégrité de la personne psychologique elle-même. Aussi, la qualification de „lésions personnelles a-t-elle été substituée, presque partout, à celle, désormais impropre, de coups et blessures. Garrauds Berufung auf das italienische Recht hält nicht Stich.

[6]) Das belgische Ges. Art. 399 hat die zeitliche Grenze ganz aufgegeben, um Zufälligkeiten (s. unten) noch mehr auszuscheiden als das französ. Ges.: „Si les coups ou blessures ont causé une maladie ou incapacité de travail personnel . . ." Vergl. Nypels N. 3.

[7]) Vergl. Chauveau et Hélie 1341; Blanche IV 572; Garraud 1700, c, 2; 1724f.; Garçon zu Art. 309 N. 115ff.; Nypels zu Art. 399 N. 5f. Eine ältere Ansicht legte das Gewicht auf die incapacité du travail habituel; so auch die Kass. Entsch. v. 21. März 1834, zit. bei Blanche a. a. O. und bei Garçon N. 122; vergl. Mittermaiers Note zu Feuerbachs Lehrb., 14. Aufl. S. 412. Das österr. StrGB. v. 1852 §§ 152ff., hat das französ. Recht in dieser Auffassung rezipiert („Berufsunfähigkeit"); s. unten.

[8]) Vergl. Chauveau et Hélie 1342; Garraud 1718; Garçon 126ff.

[9]) „La difformité permanente résultant de la fracture de l'os du nez ne saurait être assimilée à une infirmité au sens de l'article 309 paragraphe 3 C. pén." Kass.



Endlich wäre die „KV. mit tödlichem Ausgang" zu nennen. Art. 309 Abs. 4, welche bis zum Gesetz vom 28. April 1832 als meurtre behandelt wurde.[1])

Als besonderes Delikt erscheint in Art. 316 die „castration"; sie ist mit außerordentlich hohen Strafen bedroht: travaux forcés à perpétuité, und wenn aus ihr binnen 40 Tagen der Tod des Opfers folgt, Todesstrafe. Als „castration" gilt jede Zerstörung der Zeugungsfähigkeit des Mannes (nicht bloß durch Beschädigung der Testikel, sondern auch des Penis, Entsch. v. 1. Sept. 1814) — nach Garçon und anderen auch der Frau, so daß die auf Wunsch (s. u.) der Frau libidinis causa vorgenommene Ovariotomie an dem Arzte mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe geahndet würde. — Garraud tritt lebhaft für die Aufhebung dieses „veralteten" Spezialfalles ein.[2])

Ein Spezialdelikt ist aufgestellt durch das belgische Gesetz v. 16. Aug. 1887, sur l'ivresse publique, Art. 10: „Sera puni d'un emprisonnement de huit jours à deux ans et d'une amende de 50 à 2000 francs, quiconque aura intentionellement amené l'ivresse d'autrui, lorsque l'ivresse aura eu pour conséquence une maladie entrainant incapacité de travail personnel. Si la mort s'ensuit, la peine sera de cinq à dix ans de reclusion et de 250 à 5000 francs d'amende". (Vergl. Schweizer Entw. Art. 235.)

Im niederländischen Rechte ist das Grunddelikt gegeben durch „mishandeling"; der Mißhandlung ist gleichgestellt die „Benachteiligung der Gesundheit" (Art. 300).

Über den Begriff „Mißhandlung" erfahren wir manches aus den Vorarbeiten; ursprünglich hieß es im 1. Entw., Art. 324: „Hij die ... ligchamelijk leed toebrengt", „wer körperliches Leid zufügt"; die Kommission der 2. Kammer fand nun, daß unter diese Worte auch die chirurgische Operation und die castigatio paterna fallen würden; sie schlug daher das Wort „mishandeling" vor, welches diese Anwendung ausschließe[3]); es war aber keineswegs beabsichtigt, über das Gebiet der körperlichen Mißhandlung hinauszugehen. Dieselbe Kommission wollte das „Bewußtlosmachen" als delictum sui generis aufgestellt wissen und begründete dies damit, daß darin ein Angriff auf die persönliche Integrität, vergleichbar mit der Freiheitsberaubung, gelegen sei.[4]) Angriffe auf die persön-

Entsch. v. 3. April 1901, zitiert nach der Ausgabe des Code von Rivière, Hélie u. Pont. — Das belgische Ges. Art. 400 zählt auf: maladie paraissant(!) incurable, incapacité permanente de travail personel, perte de l'usage absolu d'un organe, mutilation grave.

[1]) Vergl. Chauveau et Hélie 1347 ff.; Garraud 1575, 1713; Garçon N. 131 ff. Vergl. belgisches Ges. Art. 401.

[2]) Vergl. Chauveau u. Hélie 1334, 1344 f.; Blanche IV 614 f.; Garraud 1700, c, 3, 1721 f.; Garçon zu Art. 316. — Das belgische Ges. hebt die Kastration nicht hervor; sie gilt als „mutilation grave"; Nypels zu Art. 400 N. 6.

[3]) Smidt II S. 451 f. und die Erklärung des Justizministers Moddermann das. S. 453 ff.; vergl. Noyon I S. 3 f., III S. 104 ff. — Der Sprachgebrauch entspricht also ganz der Lehre von Heß und Stooß (chirurgische Operation).

[4]) Smidt II S. 448; der (seither zurückgezogene) Entwurf Cort van der Linden (1900) definiert die Mißhandlung als „Zufügung von körperlichem Schmerz und

liche Integrität sind also nicht „Mißhandlung“; Bewußtlosmachen ist im allgemeinen straflos, nur in der Form des Trunkenmachens gemäß Art. 252 strafbar.

Als zweite Stufe erscheint die schwere KV., die ursprünglich im 1. Entw. durch limitative Aufzählung der Fälle bestimmt war, jetzt aber nach der Erklärung des Ministers nur beispielsweise (zur Ausschließung von Zweifeln) einige Fälle nennt[1]): Siechtum ohne Aussicht auf vollkommene Genesung, fortdauernde Unfähigkeit zur Ausübung „seiner“ Amts- oder Berufsgeschäfte, Abtreibung oder Tötung der Leibesfrucht, Geistesstörung (storing der verstandelijke vermogens) von mehr als vier Wochen.

Als 3. Stufe erscheint die KV. mit tödlichem Ausgang.

Dieser Zustand hat offenbar doch nicht befriedigt, und der Entw. v. 19. Sept. 1904 (Art. 47) bringt wieder eine limitative[2]) Aufzählung der Fälle der schweren KV.; der Art. 82 soll darnach lauten:

„Unter schwerer KV. wird verstanden:

Siechtum oder Verwundung, die keine Aussicht auf vollkommene Genesung lassen, oder wodurch Lebensgefahr entsteht;

fortdauernde Unfähigkeit zur Ausübung von Amts- oder Berufsgeschäften;

Verlust des Gebrauches eines Sinnenwerkzeuges;

Verstümmelung;

Lähmung;

Geistestörung, die länger als vier Wochen gedauert hat;

Abtreibung oder Tötung der Leibesfrucht einer Frau.“

Nach dem Vorbilde des toskanischen StrGB. v. 1856 ist im italienischen StrGB. der Abschnitt, welcher die KV. behandelt, überschrieben, „Della lesione personale“. Man darf die Weite dieses Ausdruckes nicht überschätzen; Carrara, der vornehmste Propagator desselben, will damit

körperlicher Verletzung“; zitiert nach Noyon III S. 105. Weiter geht eine wie es scheint vereinzelte Amsterdamer Entscheidung v. 24. Dez. 1895 (Rechtspraak, Supplement S. 117 N. 5 d), welche einen Schlag auf den Helm, der keinen Schmerz sondern nur eine Erschütterung des Kopfes (dreuning in het hoofd) des Trägers hervorrief, als Mißhandlung bezeichnet. Dagegen wurde das Beschütten des Gesichtes mit Petroleum nicht als Mißhandlung erkannt (Amsterdam 26. Okt. 1898, das. N. 5 e). Zahlreiche Entscheidungen verlangen die Absicht, Schmerz zu bereiten.

[1]) Vergl. Smidt I S. 496 ff., II S. 450; Noyon I S. 408 ff. Die Praxis hält sich natürlich an diese Auffassung, da ja die Aufzählung im Gesetze ganz und gar nicht ausreichend ist; beachtenswert ist eine Entscheidung des Hoog Militair Gerechtshof v. 30. April 1895, Rechtspraak, Suppl. S. 27 N. 8: „Obschon die in diesem Artikel aufgezählten Folgen von Mißhandlung nur enuntiativ als schwere KV. aufgezählt werden, sind andere Folgen doch nur dann als solche anzusehen, wenn sie einigermaßen mit den aufgezählten an Schwere übereinstimmen.“ Andrerseits scheint sich die Praxis von dem früher vorherrschenden Gedanken, daß nur andauernde Folgen die Verletzung zu einer schweren machen, zu emanzipieren; vergl. einerseits Noyon I S. 410; andrerseits die Entsch. des Hooge Raad v. 16. Okt. 1899 u. 22. Okt. 1900 in der Beilage der Tijdschrift voor strafrecht XIII S. 12 N. 28 u. XIV S. 9 N. 31.

[2]) Vergl. die Motive zu Art. 47; vorbildlich war Art. 90 des StrGB. für die Europäer in Niederländisch-Indien.

im Grunde nichts weiter gesagt haben, als daß auch eine Störung der geistigen Funktionen, der parte più nobile della umana persona, mitinbegriffen sein soll; wobei er eine gewöhnliche Ohnmacht keineswegs als „Geistesstörung" (eher als Gesundheitsstörung) gelten läßt.[1]) Dem entspricht auch die Definition in Art. 372 des Gesetzes: Chiunque . . . cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute o una perturbazione di mente, wer einen Schaden am Körper, an der Gesundheit oder eine Geistesstörung verursacht. Die Motive und die Kommissionsberichte betonen wiederholt, daß durch dieses Delikt getroffen werde die integrità fisica, die persona fisica[2]); die Verursachung von Schmerz, im toskanischen Gesetze (Art. 325) ausdrücklich erwähnt, wurde ausgelassen, weil der Schmerz „è pur esso, fisiologicamente, un danno".[3]) Es handelt sich also keineswegs um Schutz der „Persönlichkeit" in jenem weiten Sinne, wie im englischen und im französischen Rechte. Das äußerste, bereits lebhaft bestrittene Grenzgebiet der lesione personale bildet vielmehr die gewöhnliche Ohrfeige, welche manche als bloße Realinjurie behandeln wollen, obwohl das geltende Recht die Realinjurie gar nicht ausdrücklich nennt.[4])

Ursprünglich kannte der Entw. Zanardelli außer der KV. mit tödlichem Ausgange drei Stufen der KV.; im Laufe der Beratungen kam eine vierte Stufe hinzu, die leichtesten, der Privatklage vorbehaltenen KV. umfassend. Es sind dies nach dem letzten Absatze des Art. 372 jene nicht weiter qualifizierten oder erschwerten KV., bei denen die Handlung „nicht hervorruft eine Krankheit, oder eine Unfähigkeit, den gewöhnlichen Beschäftigungen nachzugehen (incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni), oder wenn die eine oder andere nicht länger als zehn Tage dauert."

Der schon vor dem Gesetze vorhandene Streit, ob die Arbeitsunfähigkeit „absolut oder relativ" zu verstehen sei[5]), ist nicht beendigt; die einen verstehen: „Unfähigkeit zu seinen gewohnten Beschäftigungen"; die anderen wieder; „Unfähigkeit zu gewöhnlicher Arbeit".[6])

[1]) Carrara, Progr., parte speciale II § 1393 ff.; er hat noch sehr gegen alte Überlieferungen zu kämpfen, wenn er den Satz verteidigt, daß eine durch rein psychische Einwirkung (z. B. absichtliches Erzählen unwahrer Trauernachrichten) hervorgerufene Geistesstörung als lesione personale zurechenbar ist; Pessina, Elementi II (1883) p. 75 und Manuale II p. 20 verteidigt noch für das geltende Recht den Satz, es gehöre irgend eine efficacia meccanica esteriore (manus inferre) als Ursache der Gesundheitsschädigung zum Begriffe der KV.; dagegen wohl mit Recht Majno N. 2350; Crivellari VII S. 861 f.

[2]) Relazione Zanardelli II S. 301; Bericht der Kommission der Camera dei deputati, zu Art. 353 des Entw. u. a. m.; vergl. Pessina, Manuale II S. 19.

[3]) Relazione Zanardelli II S. 302.

[4]) Vergl. Majno N. 2370; Crivellari VII S. 914 ff., 936 (Judikate LXXIV ff.). Das sardinische StrGB. (1859) kannte noch die ingiurie con fatti (Art. 583).

[5]) Vergl. Carrara, Progr., parte spec. II § 1447.

[6]) Im ersteren Sinne Majno N. 2354; im letzteren die Kass.-Entsch. v. 15. Okt. 1895, Rivista penale N. 2643; Crivellari VII S. 945, N. CLXVII: „L'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni . . . deve essere intesa in senso generico e non con riguardo alle occupazioni speciali del leso".

Die zweite Stufe ist begrenzt nach unten durch die erste, nach oben durch die dritte Stufe; sie umfaßt insbesondere auch die Fälle der Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit von mehr als 10 bis zu 20 Tagen.

Die dritte und vierte Stufe sind durch gewisse, offenbar taxativ aufgezählte Folgen charakterisiert, u. z. die dritte Stufe durch:

1. dauernde Schwächung eines Sinnes oder Organes[1]);
2. dauernde Erschwerung der Sprache;
3. dauernde Verunzierung des Antlitzes[2]);
4. Eintritt von Lebensgefahr[3]);
5. Krankheit des Geistes oder des Körpers in der Dauer von 20 oder mehr Tagen;
6. Unfähigkeit, den gewöhnlichen Beschäftigungen nachzugehen, in der gleichen Dauer;
7. wenn gegen eine Schwangere verübt, Beschleunigung der Entbindung. Im Gegensatze zu dem Falle des abortus (s. u.) ist hier eine Totgeburt des Kindes ausgeschlossen; ob und wie weit der Täter den Zustand der verletzten Person gekannt haben müsse, soll sich gemäß der Absicht der Revisionskommission nach den allgemeinen Regeln der Art. 45 u. 374 richten.[4])

Die vierte Stufe ist gegeben, wenn die Handlung hervorruft:

1. eine Krankheit des Geistes oder des Körpers, welche sicherlich oder wahrscheinlich unheilbar ist;
2. Verlust eines Sinnes;
3. Verlust einer Hand, eines Fußes;
4. Verlust der Sprache;
5. Verlust des Zeugungsvermögens;
6. Verlust des Gebrauches eines Organes;
7. dauernde Verunstaltung des Antlitzes (deformazione, ein höherer Grad gegenüber dem sfregio);
8. Abortus, wenn die Handlung gegen eine Schwangere verübt wird.

Die Körperverletzung mit tödlichem Ausgange wird von dem italienischen Gesetze als Tötungsdelikt behandelt (Art. 368).

Zu erwähnen ist hier noch, daß Art. 373 alle circostanze aggravanti e qualificanti des Tötungsverbrechens mit Ausnahme des Falles in Art. 365 Nr. 1 auch für die KV. herübernimmt und um einige später zu erwähnende Fälle vermehrt.

[1]) Das Wort „organo“ ist offenbar im Italienischen nicht ganz klar; so z. B. herrscht Meinungsverschiedenheit darüber, ob Verlust eines Auges „Verlust eines Organes“ oder dauernde Schwächung des Gesichtssinnes sei. Vergl. Majno N. 2357 und die Judikate bei Crivellari VII S. 936ff. N. LXVII und CLI.

[2]) „Sfregio permanente del viso“, im Gegensatze zu der schwereren „deformazione“ ein „nocumento alla regolarità del viso, all' armonia de' suoi lineamenti od anche alla sua bellezza“ (relazione Zanardelli II S. 306); vergl. Majno N. 2358; Judikate bei Crivellari VII S. 935f. XXXIX, XLVIIf.

[3]) Vergl. Österr. StrGB. v. 1803 § 137a; v. 1852 § 155e.

[4]) Vergl. Majno N. 2361.

Das norwegische StrGB. (§ 228) bestimmt die unterste Stufe der KV. durch die Worte: „Wer gegen die Person eines anderen Gewalt verübt oder ihn auf andere Weise am Körper verletzt"; daneben kennt es eine „Ehrenkränkung durch Handlungen" (§ 246). Der Begriff der KV. hat nach der Absicht des Gesetzgebers nicht die Weite der injuria: „Man hat es für das beste gehalten, die geringsten KV. auszusondern, . . . wo kein Schade zugefügt sondern nur ein vorübergehender Schmerz oder Furcht verursacht wird, oder wo die Rechtskränkung mehr besteht in einem Bruch des Friedens und Respektes, auf den ein jeder Anspruch hat" (Mot. S. 212). Immerhin sollen unter der „KV. auf andere Weise" auch Handlungen fallen, durch die Ekel oder ein anderes körperliches Unbehagen erregt wird, wie etwa Besudelung oder Hervorbringung von ohrenzerreißendem Lärm" (Mot. S. 213). Die Verursachung rein seelischer Leiden erscheint im allgemeinen nicht als strafbar (die Motive beschäftigen sich ziemlich eingehend mit diesem Problem, das. Anm. 2).

Die KV. wird in drei Stufen eingeteilt; die zweite Stufe bezeichnet der § 229 mit den Worten: „Wer einen anderen an Leib oder Gesundheit beschädigt oder ihn in Ohnmacht, Bewußtlosigkeit oder einen ähnlichen Zustand versetzt"; die dritte Stufe ergibt sich aus den §§ 231 u. 9: „Eine schwere KV. oder Gesundheitsbeschädigung im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn jemand den Verlust oder eine wesentliche Beeinträchtigung seines Sehvermögens, seines Gehörs, der Sprache oder der Zeugungsfähigkeit erleidet, wenn er gebrechlich, untüchtig, seinen Erwerb fortzusetzen, oder in hohem Grade entstellt wird, oder wenn er in lebensgefährliche oder langwierige Krankheit oder in Geistesstörung verfällt. — Als schwere Verletzung wird es auch betrachtet, wenn das Verbrechen gegen eine Schwangere verübt wird und die Leibesfrucht infolgedessen Schaden erleidet oder zu Grunde geht." Die Aufzählungen sind reicher und dabei elastischer als die des RStrGB. Daneben erscheinen noch, jedoch lediglich als qualifizierende Momente (nicht als selbständige Stufen der KV.) die Folgen: „beträchtliche Schmerzen" (§ 228 Abs. 2); „eine Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit von mehr als zweiwöchentlicher Dauer, oder ein unheilbares Gebrechen, eine unheilbare Entstellung oder ein unheilbarer Schaden" (§ 229); schließlich der Tod (§§ 228 Abs. 2, 229, 231).

Das geltende österreichische Recht unterscheidet die Realinjurie („tätliche Mißhandlung", § 496) von der untersten Stufe der „körperlichen Beschädigung" dadurch, daß bei letzterer „sichtbare Merkmale und Folgen" gefordert werden (§ 411); es steht damit ganz auf deutschrechtlicher Grundlage.[1])

Der Entwurf folgt den Spuren des RStrGB.; über den Unterschied zwischen der „körperlichen Mißhandlung" des § 229 und der „beschimpfenden Handlung" des § 210 hat man sich keine Gedanken gemacht.[2])

[1]) Vergl. Wilda S. 774; Schmidt S. 50ff.
[2]) Vergl. Bem. S. 271: „daß auch ‚Tätlichkeiten als beschimpfende Handlungen' betrachtet werden müssen, hält der Ausschuß für selbstverständlich"; dazu Bem. S. 294 f.

Was die Qualifikationen der KV. betrifft, so ist das geltende Recht weit interessanter und besser als der Entwurf. Als schwer erscheint die körperliche Beschädigung nach § 152 StrGB., wenn sie zur Folge hat 1. eine Gesundheitsstörung oder Berufsunfähigkeit von mindestens zwanzigtägiger Dauer (französisches R., mit Entscheidung der Kontroverse); 2. eine Geisteszerrüttung (ohne Rücksicht auf die Dauer); 3. eine „schwere Verletzung". Hier steht also neben den scharf umrissenen Fällen eine ganz generelle Bestimmung, welche den Richtern (und den Gerichtsärzten) eine verantwortungsvolle Entscheidung aufbürdet, die sich aber in der Praxis sehr bewährt hat; jene absurden Folgen der unvollständigen Aufzählung der schwereren Fälle, wie sie für das deutsche Recht so charakteristisch sind, können in Österreich nicht vorkommen; als „schwer" wird man im Sinne des Gesetzgebers jene Verletzungen bezeichnen müssen, welche an Bedeutung den in § 152 oder gar in den §§ 155, 156 aufgezählten gleichkommen[1]); das ist ein genügender Anhaltspunkt.[2])

Die „Berufsunfähigkeit" hat sich hingegen wegen ihrer Verknüpfung mit der Erfolghaftung sehr schlecht bewährt; sie bringt geradezu ein aleatorisches Moment in das Strafrecht, wie folgender Fall beweist: Ein eben entlassener Soldat war verletzt worden; die Unterinstanz erklärte, er habe seinem Berufe als Bauer durch 30 Tage nicht nachgehen können; die Oberinstanz fand, der Verletzte sei, genau betrachtet, vor seiner Militärdienstzeit vorwiegend Viktualienhändler gewesen, als solcher sei er aber nur 15 Tage berufsunfähig gewesen.[3])

Höher qualifiziert sind Verletzungen, welche Gesundheitsstörung oder Berufsunfähigkeit von mindestens dreißigtägiger Dauer oder Lebensgefahr zur Folge hatten (§ 155 b, e), oder unter besonderen Qualen zugefügt waren (§ 155 c); die schwersten Folgen zählt der § 156 auf: „Hat aber das Verbrechen

a) für den Beschädigten den Verlust oder eine bleibende Schwächung der Sprache, des Gesichtes oder Gehöres, den Verlust der Zeugungsfähigkeit, eines Auges, Armes oder einer Hand, oder eine andere auffallende Verstümmelung oder Verunstaltung; — oder

b) immerwährendes Siechtum, eine unheilbare Krankheit oder eine Geisteszerrüttung ohne Wahrscheinlichkeit der Wiederherstellung; — oder

c) eine immerwährende Berufsunfähigkeit des Verletzten nach sich gezogen . . . ." Die Aufzählung ist vollständiger und gibt zu weniger Zweifeln Anlaß als die des § 224 RStrGB.

Der Entw. kennt eine mittelschwere KV. § 230: „wenn sie eine über 14 Tage anhaltende Gesundheitsstörung oder Berufsunfähigkeit zur Folge

[1]) Trefflich Hofmann, Gerichtl. Medizin S. 307; vergl. oben S. 232 Anm. 1.

[2]) Als „schwer" können daher nach österr. Rechte bezeichnet werden folgende nicht besonders aufgezählte Fälle: ernstere Verletzungen lebenswichtiger Organe (Lunge, Leber); Verletzungen, welche die Gefahr des Verlustes des Gesichtes oder Gehörs bedingen (Nowaksche Sg. 1928), oder schwere Ohnmachten, Fieberdelirien, sehr heftige Schmerzen, Abortus, Hernie zur Folge haben.

[3]) Glasersche Sammlung 1185; Nowaksche Sammlung 1124.

hatte oder mit besonderen Qualen verbunden war". Die schwere KV. des § 231 schließt sich an § 224 RStrGB. an mit folgenden Modifikationen: statt Verlust „eines wichtigen Gliedes" ist gesagt: Verlust eines Armes, einer Hand, eines Beines, eines Fußes, der Nase; an Unbrauchbarmachung dieser Körperteile denkt der Entw. nicht; statt „Zeugungsfähigkeit" heißt es besser: „Fortpflanzungsfähigkeit"; statt „in erheblicher Weise dauernd entstellt wird" heißt es schlechter: „eine bleibende Verunstaltung erleidet"; eine häßliche Narbe an einer von Kleidern bedeckten Stelle wiegt dem Entw. schwerer als eine unheilbare Krankheit oder eine immerwährende Berufsunfähigkeit, die er nicht erwähnt, obwohl er zeitliche Gesundheitsstörung und Berufsunfähigkeit erwähnt hat; schließlich ergänzt der Entw. den § 224 RStrGB. durch „Verfallen in eine lebensgefährliche Krankheit".

Der Entw. kennt auch die KV. mit tödlichem Ausgang (§ 232), die nach geltendem Rechte Totschlag ist (§ 140).

Von besonderer Bedeutung ist der Schweizer Entw. durch die Abgrenzung der KV. nach unten. Ausgeschieden sind nicht nur die „Beschimpfung durch die Tat" (Art. 103, 243), sondern, einer sehr guten heimischen Tradition[1]) entsprechend, auch die bloße Tätlichkeit; der Art. 234 bestimmt: „Wer an jemandem Tätlichkeiten begeht, die keine Schädigung des Körpers oder der Gesundheit zur Folge haben, wird auf Antrag mit Buße bis zu 200 Franken oder mit Haft bis zu acht Tagen bestraft". Dazu bemerkt Stooß in den „Verhandlungen", II, S. 304: „Es kommt vor, daß jemand eine Tätlichkeit begeht, ohne den Vorsatz der Beleidigung zu besitzen, z. B. es gibt jemand im Gedränge einem anderen einen Stoß, um sich Platz zu schaffen . . . . es scheint mir daher geboten, neben dem Tatbestande der Realinjurie noch einen solchen der bloßen Tätlichkeit aufzustellen."

Dementsprechend lautet der Tatbestand der „einfachen KV.": „Wer einen Menschen vorsätzlich an seinem Körper oder an seiner Gesundheit schädigt oder schwächt . . ." (Art. 73 § 1).[2])

Als zweite Stufe erscheint die „schwere KV.": „Wer einen Menschen vorsätzlich an einem Körperteile oder an einem wichtigen Glied oder Organ[3])

---

[1]) Eingehende Nachweise über die kantonale Gesetzgebung bei Stooß, Grundzüge II S. 47; vergl. Pfenninger S. 812f.

[2]) Ursprünglich hieß der Titel dieses Artikels: „Mißhandlung"; das wurde erst durch die Expertenkommission abgeändert (vergl. Verhandlungen I S. 356ff., II S. 512ff.). Stooß (Grundzüge II S. 36) definiert Mißhandlung im Sinne der deutschen Theorie als (doloses) Handeln, welches Schmerzen oder empfindliche Störung des Wohlbefindens verursacht; als Tätlichkeiten erscheinen ihm dagegen rechtswidrige Einwirkungen auf den Körper eines anderen, die weder Wunden, noch Schmerz, noch Krankheit erzeugten. Nach der letzten Fassung der Definition der Tätlichkeit im Entw. muß dies wohl korrigiert werden. Ein Faustschlag, der wohl Schmerzen, aber keine weiteren Folgen verursacht, hat keine „Schädigung des Körpers" zur Folge.

[3]) Die Aufzählung „Körperteil, Glied, Organ" rechtfertigt Stooß (Verhandlungen II S. 515) damit, daß ein Stich in den Rücken oder den Bauch kein Glied, wohl aber einen Körperteil verletzt. Das ist richtig, aber ich sehe nicht ein, warum es hier nicht einfach und vollständig heißt: „am Körper".

oder an seiner Gesundheit schwer schädigt oder schwächt" (Art. 72). Die Bezeichnung ist also eine ganz generelle.

Dagegen ist vorwiegend in taxativer Aufzählung die „sehr schwere KV." bestimmt: „Wer vorsätzlich einen Körperteil oder ein wichtiges Glied oder Organ eines Menschen verstümmelt oder ein wichtiges Glied oder Organ eines Menschen unbrauchbar macht; einen Menschen dauernd arbeitsunfähig, siech oder geisteskrank macht; einen Menschen lebensgefährlich verletzt; das Gesicht eines Menschen arg und dauernd entstellt..." Generell ist nur der Ausdruck: „ein wichtiges Glied"; die Aufzählung ist trotz ihrer Kürze reicher, als die des § 224 RStrGB. und löst zugleich einige der in Deutschland strittigen Fragen in befriedigendem Sinne.[1])

Bei allen Stufen der KV. erscheinen als qualifizierende Umstände der Eintritt der KV. der höheren Stufen sowie des Todes.

Der russische Entwurf ging ursprünglich von einer sehr weiten Auffassung der KV. aus[2]); zwar sei kein Bedürfnis vorhanden, jede Antastung des Körpers eines anderen[3]) zu pönalisieren; wohl aber sei die Verletzung der Körperintegrität strafbar, „wenn ein verschärfendes Moment hinzutritt, sei es Zwang zu einer Handlung oder Unterlassung, sei es Schmälerung der Ehre, sei es Verursachung physischen Schmerzes oder Leidens; sie kann demnach zum Tatbestand der Verbrechen gegen die Freiheit, gegen die Ehre und gegen die Gesundheit gehören."

Dementsprechend lautete der Art. 13 Abs. 3 des Entw. (Gretener III, S. 10f.): „Als leichte KV. gilt die Verursachung jeder andern Störung der Gesundheit sowie die Verursachung eines Schmerzes oder Leidens, sei es durch einen Schlag oder eine andere Tätlichkeit." Nur wenn der tätliche Angriff keinen Schmerz zur Folge hatte, soll nach Ansicht der Redaktionskommission Realinjurie vorliegen, z. B. bei Aufheben des Kleides, plötzlichem Kuß, Greifen ins Gesicht (nicht bei der Ohrfeige).[4])

Der revidierte Entw. scheidet, ähnlich wie der Schweizer Entw., diesen Tatbestand in zwei Fälle; die leichte KV. (Art. 399), bestehend aus einer „Störung der Gesundheit", und die „Gewalttätigkeit gegen die Person" (Art. 402), bestehend aus einem „absichtlichen Schlagen oder sonst gewalttätig Sein".

Die KV. werden in drei Stufen eingeteilt; auf Grund eines Gutachtens der Gesellschaft russischer Ärzte wurde beschlossen, als sehr schwere KV. solche anzusehen, welche der Gesundheit einen bleibenden und bedeu-

[1]) „Die Dauer der Arbeitsunfähigkeit, die vielfach von individuellen Verhältnissen des Verletzten abhängt und von den Ärzten nach verschiedenen Maßstäben bemessen wird, ist für die Schwere der KV. nicht entscheidend." Bericht S. 9.

[2]) Vergl. Gretener III S. 9.

[3]) Den Verfassern des Entw. scheint der Begriff der injuria vorzuschweben: „Der Angriff auf die Körperintegrität begreift jede Einwirkung auf den Körper eines anderen; die dadurch verletzte Norm lautet: Taste den Körper eines anderen nicht an." Darunter fielen auch bloße Berührung des Körpers jemandes, seiner Kleidung, Ergreifen bei der Hand.

[4]) Gretener a. a. O. S. 9.

tenden Schaden zufügen, als schwere solche, welche einen vorübergehenden, wenn auch bedeutenden, oder zwar einen bleibenden, aber unbedeutenden Schaden zufügen.[1]) Als sehr schwere KV. bezeichnet der revidierte Entw. (Art. 397) „eine lebensgefährliche Störung der Gesundheit, Geisteskrankheit, Verlust des Sehvermögens, des Gehörs, der Sprache, einer Hand, eines Fußes oder der Zeugungsfähigkeit, eine nicht zu beseitigende Entstellung". Die schweren (oder „erheblichen") KV. waren ursprünglich im Entw. weitläufig aufgezählt (Art. 13 Abs. 2): Schwächung des Sehvermögens, des Gehörs; Erschwerung des Sprechens; Beschränkung des Gebrauches der Gliedmaßen; Verlust von Zähnen, sofern er das Kauen und Sprechen erschwert; Verletzung der Geschlechtsorgane, sofern sie den Verlust der Zeugungsfähigkeit nicht zur Folge hat; .... eine Wunde, welche in die Kopf-, Rückenmarks-, Brust- oder Bauchhöhle eindringt; Störung der Gesundheit, welche das Leben oder den Gebrauch eines Organs zeitweise bedroht; bleibende, aber nicht lebensgefährliche Störung der Gesundheit.

Der revidierte Entw. gibt — offenbar von der Einsicht geleitet, daß jede Aufzählung unvollständig sei, diese Methode auf und bestimmt generell: „Wer schuldig ist, eine zwar nicht lebensgefährliche, aber dauernde Störung der Gesundheit verursacht zu haben, oder auch nur eine zeitweilige, aber eine solche, die ein Organ des Körpers in seinen Funktionen stört ...." (Art. 398).

Bei allen Stufen der KV. erscheint der Eintritt schwererer Folgen und des Todes als qualifizierender Umstand.[2])

[1]) Gretener III S. 10.
[2]) Über die Mängel der älteren Fassung des Entw. vergl. Geyer in Zeitschr. f. d. ges. Strafr. VI S. 569.

2. Der Ausschluß der objektiven Rechtswidrigkeit.

A. Das deutsche Recht.

Die Behandlung derjenigen Umstände, welche die Rechtswidrigkeit der KV. ausschließen, gehört fast gänzlich in den allgemeinen Teil der Strafrechtslehre, so z. B. die KV. in Notwehr, in Ausübung des Dienstes usw. Hier sollen nur einige Fälle Platz finden, bei denen nach dieser Richtung hin Zweifel entstehen könnten.

1. Das Züchtigungsrecht.

Das Züchtigungsrecht steht in keiner begrifflichen Verknüpfung mit der KV., wenn es auch in der statistischen Mehrzahl der Fälle bei KV. in Frage kommt; denn das Züchtigungsrecht der Eltern oder des Lehrers gibt der Freiheitsberaubung oder der Beleidigung dasselbe abweichende Gepräge, wie der KV. Die Bedeutung des Züchtigungsrechtes wird daher im allgemeinen Teile zu würdigen sein.

Eine Frage des besonderen Teiles ist dagegen die Festsetzung jenes Maßes, welches bei gegebenem Rechte der Züchtigung durch KV. nicht überschritten werden darf. Denn nach RStrGB. fällt jede körperliche Züchtigung (die ja eine Schmerzerzeugung durch Schläge, also eine „körperliche Mißhandlung" ist) unter den Begriff der KV. Eine reichsrechtliche Regelung dieser Frage wäre dringend erforderlich; sie fehlt jedoch. Die Grenze wird innerhalb der sog. leichten KV. gezogen werden müssen; wenn der Vater oder der Lehrer berechtigt ist, dem Kinde Stockschläge zu verabreichen, so kann man ihn nicht strafen, weil die Schläge blaue Flecken, rote Striemen oder leichte Schwellungen zurückgelassen haben; das sind naturalia negotii.[1]) Andererseits sind ernstere Schädigungen der Gesundheit oder gar Beinbrüche u. dergl. ausgeschlossen, weil sie durch den erziehlichen Zweck der Züchtigung nicht gedeckt werden.[2])

---

[1]) Treffend v. Schwarze, Gerichtssaal 29 S. 606f., 612; RG. (III) v. 14. April 80, E. 2, 13.

[2]) Vergl. Binding, Handb. I S. 798; die Entsch. d. RG. (III) v. 14. April 80, E. 2, 10; (III) v. 3. März 87, R. 9, 165. Sofern das Landesrecht feste Grenzen des Züchtigungsrechtes von Lehrern aufstellt, ist es nach Ansicht des Reichsgerichtes maßgebend; eine Überschreitung dieser Grenzen bedeute eine Überschreitung der Berechtigung und damit das Vorhandensein des Deliktes der KV.; daran könne das Landesrecht nichts ändern; anders sei es, wenn das Landesrecht nicht eine feste Grenze des Züchtigungsrechtes ziehe, sondern nur „Winke" für die Ausübung desselben enthalte; vergl. noch (II) v. 14. April 80, E. 2, 10; (I) v. 29. Sept. 81, E. 5, 129; (I) v. 21. Nov. 89, E. 20, 93; (I) v. 21. März 94, E. 25, 196; (III) v. 10. April 02, E. 35, 182. Diese logisch ausgezirkelte Ansicht führt zu bedauerlichen praktischen Konse-

Der Exzeß in bezug auf das Maß der KV. kann auf dolus oder culpa zurückführbar sein, oder auch auf Zufall. In den beiden ersteren Fällen liegt vorsätzliche oder fahrlässige KV. vor. Was den letzteren Fall betrifft, so sei es gestattet, der späteren Darstellung hier etwas vorzugreifen. Wir werden sehen, daß bei der KV. der zufällige Erfolg eine große Rolle spielt; aber nur unter der dem alten dolus indirectus entnommenen Voraussetzung, daß der Täter in re illicita begriffen ist. Dies trifft bei dem maßvoll Züchtigenden nicht zu; wenn also infolge einer unvermuteten Wendung des Gezüchtigten oder infolge einer dem Züchtigenden unbekannten krankhaften Disposition desselben der Schlag eine schwere Folge nach sich zieht, so haftet der Täter für diesen Zufall nicht; „hier zeigt sich der wesentliche Unterschied zwischen den berechtigten und den unberechtigten Schlägen.“ [1])

2. Die Einwilligung des Verletzten.

Auch die Frage, wie weit die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließe, ist eine Frage des allgemeinen Teiles und wird dort die breiteste Behandlung erfahren müssen. Hier mögen nur die besonderen Beziehungen dieser Frage zur KV. in äußerster Kürze angedeutet werden.[2])

Ich stimme ganz mit Graf zu Dohna in dem Satze überein, daß sich aus der lex lata kein sicherer Anhaltspunkt für die Behandlung der KV. mit Einwilligung des Verletzten gewinnen läßt; und ich möchte hinzufügen, daß jede der aufgestellten Meinungen zu ganz unbefriedigenden Resultaten führt.

Die eine Meinung geht dahin, daß die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit der KV. in allen Fällen ausschließt. Dafür soll der § 216 RStrGB. sprechen[3]): wenn dieser für die Tötung auf Verlangen die Todesstrafe auf Gefängnis nicht unter drei Jahren ermäßigt, so könne bei der KV. die Einwilligung nicht wirkungslos sein, sie müsse vielmehr, da eine besondere Strafe nicht festgesetzt sei, ganz straffrei machen, also

quenzen deshalb, weil die landesrechtlichen Vorschriften keineswegs auf so scharfe Anwendung berechnet sind; sie sind insbesondere recht disparat in der Bezeichnung jener Körperteile, welche getroffen werden dürfen; die einen bevorzugen z. B. das Gesäß, die anderen schließen es aus; in einem Falle, wo der Lehrer seiner Befugnis gemäß das Gesäß treffen wollte, aber des widerstrebenden Jungen nicht mehr Herr war und daher den (verbotenen) Rücken traf, hat das Reichsgericht eine fahrlässige Überschreitung des Züchtigungsrechtes erblickt, noch dazu qualifiziert durch den Umstand, daß der Lehrer zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Berufes besonders verpflichtet war (§ 230 Abs. 2): (I) v. 4. Febr. 01, E. 34, 118. Ich gestehe, daß ich solcher Nadelspitzentechnick nicht mehr folgen kann. Hervorzuheben ist die vernünftige Bestimmung der preuß. Kab.-Order v. 14. Mai 1825, N. 4, 5, wonach verboten ist die Schulzucht „bis zu Mißhandlungen, die der Gesundheit des Kindes auch nur auf entfernte Art schädlich werden können“ (zitiert nach Olshausen zu § 223 N. 12, β).

[1]) So v. Schwarze a. a. O.; vergl. denselben im Kommentar S. 626; Binding, Handb. I S. 798, N. 25; Olshausen zu § 223 N. 12, β.

[2]) Die Literatur s. bei Olshausen zu § 223 N. 9; Binding, Lehrb. I S. 44; v. Liszt S. 316; Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 141 ff.

[3]) Ich vernachlässige bei dieser Skizze absichtlich den Unterschied von „Verlangen“ und „Einwilligung“.

ein argumentum a maiori ad minus; das zweite Hauptargument wird aus § 142 RStrGB. entnommen, der mit Gefängnis nicht unter einem Jahre denjenigen straft, welcher (durch Verstümmelung oder auf andere Weise) einen anderen auf dessen Verlangen zur Erhaltung der Wehrpflicht untauglich macht; die Strafe ist geringer als die der §§ 224, 225, trotzdem neben der KV. auch ein Angriff auf die Wehrmacht des Staates vorliegt; die KV. komme also offenbar infolge der Einwilligung des Verletzten gar nicht in Betracht.

Die Vertreter dieser Ansicht geben offen zu, daß die Straflosigkeit der schweren KV. (§§ 224, 225) infolge Einwilligung des Verletzten unserem Rechtsbewußtsein entschieden widerspricht.

Aber auch die Argumente ex lege lata sind nicht einwandfrei; den § 216 RStrGB. führt v. Liszt geradezu für die entgegengesetzte Ansicht an; er beweise, „daß es ausdrücklicher Anordnung bedurfte, um der Einwilligung diesen Einfluß zu sichern[1]), und daß dieser trotzdem nur bis zur Strafmilderung, nicht aber bis zum Ausschlusse der Rechtswidrigkeit reicht. Überdies läßt sich ohne Übertreibung die Verstümmelung eines Einwilligenden als das schwerere Verbrechen gegenüber der Tötung bezeichnen".[2])

Das Argument aus § 142 RStrGB. wurde m. E. von Richard Schmidt siegreich bekämpft[3]); er verweist darauf, daß die Verstümmelungen des § 142 doch fast nie unter den Begriff der „schweren KV." der §§ 224, 225 fallen werden; um jemanden zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich zu machen, wird man ihm doch nicht ein Auge ausstechen oder ein Bein amputieren; es genügt das Abschneiden eines Fingergliedes und das ist im Sinne des RStrGB. eine leichte KV. (s. o.). Gegenüber den Strafdrohungen der §§ 223 und 223a ist aber die des § 142 die weitaus schwerere, und damit zerfällt das ganze Argument.[4])

Und so könnte man denn, gestützt auf allgemeine Erwägungen, zu der genau entgegengesetzten, auch vom Reichsgerichte vertretenen Meinung kommen, daß die Einwilligung des Verletzten in allen Fällen der KV. bedeutungslos sei.[5])

Auch diese Meinung führt zu unerträglichen Resultaten; wer an einem Plumpsackspiel teilnimmt und einen Schlag erhält; wer sich im Fechten übt

[1]) Ebenso RG. (I) v. 15. Nov. 80, E. 2, 442.

[2]) Das zuletzt Gesagte ist richtig für den Fall der Tötung eines Kranken, der schwer leidet, unrichtig für den Fall, wo ein Liebespaar gemeinsam sterben will und der Mann das Weib tötet. Vergl. auch Geyer, Grundriß II S. 18.

[3]) Verantwortlichkeit des Arztes S. 57 ff.

[4]) Sollte doch eine schwere KV. nach §§ 224 oder 225 vorliegen, so hielte ich es trotz Binding, Lehrb. I S. 45 Anm. 2 u. Dohna S. 142 nicht für ausgeschlossen, Idealkonkurrenz oder doch wenigstens Gesetzeskonkurrenz anzunehmen.

[5]) Vergl. RG. (I) v. 15. Nov. 80, E. 2, 442; (III) v. 22. Febr. 82, E. 6, 61; (I) v. 9. Nov. 93, E. 24, 369; (vereinigte Strafsen.) v. 8. Febr. 96, E. 28, 213 f. (Ein als solcher nicht strafbarer Versuch der Tötung eines Einwilligenden nach § 216 RStrGB. kann nach Ansicht des Reichsgerichts als vollendete KV. strafbar sein.)

und trotz der schützenden Decke einen blauen Fleck davonträgt; der Clown, der bei einem Zirkusscherz sich eine Ohrfeige geben läßt; der Student, der sich für wissenschaftliche Zwecke seines Professors (Blutuntersuchung!) ein Tröpfchen Blut durch einen Nadelstich abzapfen läßt — sie alle sollten dann Strafantrag stellen können.

Diesen Konsequenzen suchen andere Autoren zu entgehen, indem sie eine mittlere Meinung aufstellen; sie weisen darauf hin, daß die leichte KV. des § 223 Antragsdelikt sei; daran knüpft sich die allgemeine Erwägung, daß der Gesetzgeber, der die Verletzung des Rechtsgutes nicht schlechthin unter Strafe stelle, sondern die Verfolgung von dem Willen des Verletzten abhängig mache, dann wohl auch auf den vor der Tat geäußerten Willen des Verletzten konsequenterweise Rücksicht nehmen müsse.[1] Durch die Einwilligung werde daher die Rechtswidrigkeit der leichten KV. des § 223 ausgeschlossen. Diese Meinung, der ein sehr beachtenswerter Gedanke zu Grunde liegt, vermeidet die bisher genannten Extreme; völlig befriedigend ist sie nicht. Wir müssen uns nur erinnern, was alles im Sinne des RStrGB. eine „leichte" KV. ist: schwere Knochenbrüche, Lähmung eines Armes u. dgl. Soll hier die Einwilligung straflos machen, und soll der Zufall darüber entscheiden, ob eine der Folgen des § 224 und damit die Strafbarkeit eintritt? Soll andrerseits, wenn eine ganz geringfügige KV. kunstgerecht mit einem „Messer" beigebracht wird, der § 223a, also ein Offizialdelikt, zur Anwendung kommen[2] und deshalb die Einwilligung wirkungslos sein?

Der Fehler, der jede befriedigende Lösung unserer Frage verhindert hat, steckt m. E. in der charakterlosen Weite des Begriffes der leichten KV. Sie umfaßt einerseits schwerste Beschädigungen des Leibes, und für diese ist uns das „nemo dominus membrorum suorum" in Fleisch und Blut übergegangen; sie umfaßt andrerseits den folgenlosen Schlag und Stoß, die reine injuria, die bloße Verletzung der Persönlichkeit, welche wir uns wieder nicht anders vorstellen können, als im Handeln gegen den Willen des Verletzten; denn von einer „Nichtachtung der Persönlichkeit" kann keine Rede sein, wenn ich jemandem auch nur mit präsumierter Zustimmung etwa einen freundschaftlichen Schlag auf die Schulter versetze; oder wenn ich während einer gemeinsamen Hochtour seinen Körper als Stützpunkt für meine Füße benütze; daß solche Tätlichkeiten mit Einwilligung des Betroffenen unter ganz besonderen Umständen zu einer Herabsetzung seines persönlichen Wertes führen können, ist richtig; so etwa, wenn jemand sich mieten läßt, um auf der Straße Ohrfeigen zu empfangen. Aber der Staat hat wohl keinen Anlaß, die Würde seiner Persönlichkeit, die er selbst prostituiert, zu wahren; volenti non fit „injuria"! Läßt es den Staat doch gleichgültig, wenn die „Prostituierte" durch die Miete ihres Leibes entwürdigt wird![3]

---

[1] Sehr klar ausgeführt bei Merkel, Lehrb. S. 169f.; vergl. Dohna S. 149.

[2] Vergl. Schmidt a. a. O. S. 58.

[3] Ich glaube, daß ein ähnlicher Gedanke bei Schmidt a. a. O. S. 55ff. nach Gestaltung ringt; er will unterscheiden: „soweit der Tatbestand der KV. in Erregung

3. Der ärztliche Eingriff.

Die Frage, warum der ärztliche Eingriff, z. B. die Amputation eines kranken Beines, straflos sei, hat in den letzten Jahren die deutsche Wissenschaft viel beschäftigt. Ich berühre sie hier nur um nachzuweisen, daß sie ausschließlich dem allgemeinen Teile des Strafrechts angehört, und gestatte mir daher eine ganz kursorische Darstellung, an die ich dann meine eigene Formel anschließen will.[1])

Aus dem besonderen Tatbestande der KV. argumentierte nur eine der vertretenen Ansichten (Anton Heß, Stooß u. a.), wonach ärztliche Behandlung schon sprachlich nicht als „Mißhandlung", als „Körper-Verletzung" (natürlich schon gar nicht als Gesundheitsbeschädigung) angesehen werden könne, also nicht unter den Tatbestand der §§ 223 ff. RStrGB. falle. Dieser Meinung liegt der m. E. richtige Gedanke zu Grunde, sie ist aber unrichtig formuliert. Ob das Abschneiden eines Beines sprachlich als „Körperverletzung" bezeichnet werden kann, darüber kann man sehr verschiedener Ansicht sein; das Reichsgericht hat die Frage bejaht. Jedenfalls aber ist es unrichtig, die Entscheidung einer so tiefgehenden Frage an die Worte des besonderen Tatbestandes der KV. zu knüpfen, bei deren Wahl man gewiß nicht an diese Nebenwirkung gedacht hat. Wie, wenn der Gesetzgeber gesagt hätte: „Quiconque aura fait des blessures . . . ." — „wer Wunden zufügt . . . ."? (vgl. Code pénal, Art. 309). Das trifft sicher auf die Tätigkeit des Chirurgen zu — sollte er nach französischem Rechte strafbar sein? Und der Arzt, der durch eine Operation „auf Tod und Leben" tötet, kann sich auf keine ähnliche Auslegung der Tötungsdelikte berufen.

Alle anderen Meinungen argumentieren aus allgemeinen Erwägungen. Da hieß es, der Arzt übe einen staatlich anerkannten Beruf aus, er operiere kraft eines Berufsrechtes; eine sonderbare Vorstellung von einem Berufsrechte zur Vornahme an sich strafbarer Handlungen, die lebhaft an Molière erinnert, der dem Arzte durch den berühmten, gewiß nicht ernst zu nehmenden Promotionsakt die Macht erteilen läßt: „medicandi, purgandi, seignandi, perçandi, taillandi, coupandi, et occidendi impune per totam terram".[2]) Nicht

subjektiven Mißbehagens besteht, wird er durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen; soweit er dagegen in äußerer oder innerer regelwidriger Veränderung der Körperbeschaffenheit besteht, ist die Einwilligung des Verletzten gleichgültig". Die Begründung Schmidts ist allerdings sehr anfechtbar: „denn wer von vornherein auf Stoß, Schlag oder sonstige Nervenerschütterung gefaßt ist, empfindet diese Eingriffe als solche nicht. Er nimmt sie hin, indem er die sensiblen Nerven auf sie einstellt". Darnach wäre nicht Einwilligung des Verletzten, sondern nur vorherige Ankündigung des Schlages durch den Verletzten erforderlich! Und wie steht es mit den Striemen und Hautverfärbungen, die man beim Fechten davonträgt? Sind das „regelwidrige Veränderungen der Körperbeschaffenheit"? Richtig ist aber bei Schmidt der Hinweis auf die Verschiedenheiten im Tatbestande des § 223.

[1]) Die Literatur s. bei v. Liszt, Verantwortlichkeit; Binding, Lehrb. I S. 53; Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 95 ff.

[2]) Malade imaginaire, troisième intermède.

besser steht es um das zu Gunsten der Ärzte angerufene Gewohnheitsrecht (KV. und Tötungen zu begehen!).

Die Herleitung aus einem Berufsrechte würde — wenigstens in Ländern, wo der ärztliche Beruf nicht frei ist — dazu führen, daß nur die „von einem approbierten Arzte in Ausübung seines Berufes“ ausgeführten Operationen straflos bleiben; dies ist in der Tat das zünftlerische Ideal einer deutschen Ärztekammer.[1] Darnach würden der Student der Medizin, oder etwa in Österreich der Arzt, der aus irgend einem Grunde das Recht der Praxis verloren hat, vielleicht gar der berühmte ausländische Chirurg, welche — sei es in Ermangelung eines approbierten Arztes, sei es auch in Konkurrenz mit demselben — eine dringende chirurgische Operation kunstgerecht vornähmen, sich der KV. schuldig machen, und nicht etwa bloß der Kurpfuscherei. Wo aber, wie in Deutschland, das Arznen jedermann freisteht, ist der Gedanke eines besonderen Berufsrechtes ein totgeborener; diese Theorie wurde auch von ihren früheren Vertretern verlassen.[2]

In Ermangelung von Besserem hat das Reichsgericht in der berühmten Entscheidung (III) v. 31. Mai 94, E. 25, 375, die von Hälschner u. a. vertretene Ansicht akzeptiert, daß die Rechtswidrigkeit der chirurgischen Operation durch die Einwilligung des Patienten behoben sei; diese Ansicht ist aber wieder ganz und gar unhaltbar; sie steht in vollem Widerspruch zu der Praxis des Reichsgerichtes, nach welcher die Einwilligung bei KV. gleichgültig ist; sie versagt gänzlich, wenn die Operation mit dem Tode des Patienten ausgeht; sie führt zu Präsumtionen der Zustimmung, die aber gelegentlich ganz versagen: so beim Selbstmörder, der nicht gerettet sein will; so bei dem Kinde, dessen Vater aus Torheit die Zustimmung zur lebensrettenden Operation ausdrücklich versagt: das Reichsgericht war entschlossen, in einem derartigen Falle den Arzt, der dem Kinde dennoch Leben und Gesundheit erhalten hatte, wegen KV. zu verurteilen! Wie es zu halten ist, wenn der Vater aus niederträchtigen Beweggründen (z. B. um das Kind zu beerben) seine Zustimmung versagt, bleibt eine offene Frage. Zuzugeben ist, daß der Arzt seine Hilfe nicht aufdrängen darf, daß er innerhalb gewisser Grenzen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten achten muß; er darf so wenig einen Menschen vergewaltigen, um seinen Leib zu retten, als ich etwa jemanden zum Kirchgang zwingen darf, um seine sündige Seele zu retten. Aber es ist mit Händen zu greifen, daß eine solche Vergewaltigung sich nicht gegen die körperliche Integrität, sondern gegen Freiheitsrechte des Patienten richtet.[3]

Man hat gesagt, die Einwilligung zur Operation sei deshalb ausnahmsweise von entscheidender Bedeutung, weil hier die Verhältnisse ganz anders

[1] Vergl. Gerichtsärztliche Wünsche S. 42f. über die Beschlüsse der Kommission der Ärztekammer für die Provinz Brandenburg.

[2] Vergl. v. Liszt, Verantwortlichkeit S. 31f. und Lehrb. S. 154; Binding, Lehrb. I S. 56 Anm. 1.

[3] Bei Ausgestaltung der Freiheitsdelikte wird auf diesen Umstand sorgfältig Rücksicht zu nehmen sein; vergl. unten (Vorschläge).

lägen, als wenn ich mir einen gesunden Arm abnehmen lasse; die Einwilligung zur Operation sei sogar unter Umständen sittliche Pflicht. Das leitet zu dem richtigen Gedanken über, daß der Rechtsgrund der Straflosigkeit der Operation nicht in der — an sich gleichgültigen — Einwilligung des Patienten, sondern eben in jenen besonderen Verhältnissen, u. z. speziell in dem Zwecke der Operation zu suchen sei (v. Lilienthal, v. Liszt, Binding, Graf zu Dohna).

Dieser Gedanke wird etwa dahin formuliert: „Wenn der Staat einen bestimmten Zweck anerkennt, dann sind alle die notwendigen und zweckentsprechenden Mittel zur Erreichung dieses Zweckes mit gedeckt". Daß der Staat nun den Heilzweck anerkennt und fördert, bedarf keines weiteren Beweises.

Aber dieser Satz schießt weit über das Ziel hinaus; es ist nicht wahr, daß der Zweck die Mittel heilige! Erlaubte Zwecke dürfen nur mit erlaubten Mitteln angestrebt werden! Aus dem oben angeführten Satze folgert v. Liszt[1]), daß auch das Menschenexperiment zu wissenschaftlichen Zwecken zulässig sei; daß der Stand der Ärzte allein darüber entscheiden könne, welche Mittel zur Förderung der ärztlichen Wissenschaft notwendig seien, daß dieser Stand daher ein rechtsbildender Faktor sei; das sind Konsequenzen, die auch ein mutiger Jurist auf die Dauer nicht ertragen wird.[2])

Um zum Richtigen vorzudringen, müssen wir uns den Umfang des Problems klar machen; es handelt sich nicht nur um ärztliche Tätigkeit; folgende Fälle liegen ganz gleich:

A will sich erhängen; B steht jenseits eines reißenden Gießbachs und versucht, in Ermangelung anderer Mittel, den Strick, an dem A hängt, zu durchschießen; der erste Schuß verletzt (oder tötet) den A; der zweite trifft den Strick.

A ist als Selbstmörder ins Wasser gesprungen (oder zufällig hineingefallen); er ist bewußtlos und bereits untergegangen. B zieht ihn mit einem Bootshaken heraus, den er in das Fleisch des A eintreiben muß.[3])

Und es handelt sich gar nicht ausschließlich um die Delikte der Tötung und KV. Ich denke, es wird niemand den Tierarzt, der

[1]) Verantwortlichkeit S. 33 ff.

[2]) Vorsichtiger ist die Formulierung Bindings: „das zur Erreichung eines rechtlich anerkannten Zweckes Notwendige ist als solches (??) stets unverboten — wenn nicht gar erlaubt". Freilich ist dieser Satz auch weniger leicht zu handhaben. Unrichtig ist er jedenfalls. Eine noch allgemeinere Fassung dieses Gedankens gibt Lammasch, Grundriß des (österr.) Strafr. 2. Aufl. S. 42: „Der Rechtsordnung gemäß, weil der Erhaltung von Rechtsgütern dienend, sind auch operative Eingriffe . . . ." Hier vermisse ich den Unterschied von Notwehr und Notstandshandlung, die auch der Erhaltung von Rechtsgütern dienen; daß sie nicht immer der Rechtsordnung gemäß sind (Tötung eines Menschen zur Erhaltung eines geringfügigen Rechtsgutes) zeigt die Bedenklichkeit auch dieser Formulierung.

[3]) Ich entnehme dieses Beispiel aus Stephen, Digest Art. 226; Stephen stellt dort mit Recht der surgical operation gleich the infliction of other bodily harm of a similar nature and for similar objects.

ein krankes Pferd (auch ohne Zustimmung des Eigentümers) operiert, wegen Sachbeschädigung verurteilen wollen.

A geht an einem Hause vorüber, in dem es brennt. Gegen den Willen des Eigentümers (der ein Narr ist, oder irgend eine Absicht verfolgt, z. B. das alte Haus gegen die Versicherungssumme los werden will) schlägt er ein Fenster ein und löscht das Feuer.[1]) Hat er eine Sachbeschädigung begangen?

Ein Attentäter dringt mit dem Dolche auf den Monarchen ein; A stößt den Monarchen zurück und deckt ihn mit seinem Leibe. Ist das eine Tätlichkeit im Sinne des § 94 RStrGB. oder Hochverrat im Sinne des § 58 des österr. StrGB.?

Ich glaube, für alle diese Fälle den Schlüssel in folgender einfachen Betrachtung finden zu können. Die Normen des Strafrechts sind erlassen zum Schutze gewisser Rechtsgüter. Dieser Zweck ist ihnen inhärent; sie sind durch den — notwendigerweise unvollkommenen — sprachlichen Ausdruck nicht von ihrem Zwecke, d. h. von Sinn und Verstand, losgelöst, sondern aus dem Zwecke zu interpretieren. Die chirurgische Operation teilt nun mit den anderen angeführten Fällen die Eigenschaft, daß sie verständigerweise gesetzt wird zum Schutze eben jenes[2]) konkreten Rechtsgutes, zu dessen Schutz die Norm erlassen ist; sie vermindert die diesem Rechtsgute drohende Gefahr; diese Handlung, welche die gleichen Zwecke verfolgt, wie die Norm, kann mit dieser Norm vielleicht den Worten, aber nicht dem Sinne nach in Widerspruch treten; sie ist von vornherein selbstverständlich ausgenommen; dagegen kann sie sehr wohl ein anderes Rechtsgut rechtswidrig verletzen. Der staatlich gebilligte Zweck deckt nicht die zu seiner Erreichung notwendigen Mittel; der Chirurg, der eine Besserung meines körperlichen Zustandes bewirkt, kann mir ein anderes Rechtsgut verletzen, z. B. die Freiheit; er kann dabei gewerbepolizeiliche Vorschriften verletzen, wenn er das eine konkrete Rechtsgut durch Gefährdung des anderen retten will (Experiment an Menschen, Bluttransfusion, Hauttransplantation). Hier treten aber nach den Umständen bereits die Sätze über den Notstand in Wirkung.[3])

---

[1]) Ich brauche wohl kaum zu bemerken, daß A nicht im Notstande war; ihm und seinen Rechtsgütern drohte keinerlei Gefahr.

[2]) Das Leben erscheint dabei gegenüber der körperlichen Integrität als das gleichartige Rechtsgut höherer Ordnung.

[3]) Es ist also ganz richtig, daß die kunstgerechte Amputation eines Beines nicht das Delikt der KV. ist, gleichgültig ob die Worte des StrGB. gegen KV. sprachrichtig auf sie angewendet werden können oder nicht; ebenso liegt bei letalem Ausgang der KV. kein Tötungsdelikt vor, obwohl die Worte des Gesetzes zutreffen würden. Was das Berufsrecht betrifft, so gestattet und fördert der Staat den ärztlichen Beruf, weil das, was die Ärzte tun, rechtgemäß ist, nicht aber umgekehrt. Und es sind auch andere, nicht berufsmäßig zu übende Handlungen gleicher Art rechtgemäß. — In einer Abhandlung „zur Abgrenzung des Notstandes", Schweizer Zeitschr. f. Strafr. 12 (1899) S. 336f., kommt Stooß der oben vorgebrachten Formel sehr nahe: „Da das Strafrecht Güterschutz ist, so können nur Handlungen Verbrechen sein, die ein Gut schädigen oder gefährden, oder die wenigstens ein Gut in der

Die hier vorgetragene Ansicht läuft also auf eine verständige Interpretation des Gesetzes aus seinem Zwecke hinaus; dazu bedarf es keiner ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift, am wenigsten einer speziellen Vorschrift über ärztliche Behandlung, oder gar über KV. durch eine solche, die von vornherein zu enge wären.

Unsere Regel umfaßt nicht die vielbehandelten Fragen des Kaiserschnittes und der Perforation, in diesen Fällen kollidieren zwei verschiedene konkrete Rechtsgüter, und diese Kollision ist nach den Regeln von Notwehr und Notstand zu lösen.

B. Das ausländische Recht.

Das Züchtigungsrecht gegen Kinder ist im englischen Rechte gesetzlich anerkannt[1]); über seine Abgrenzung ist nichts gesagt; es entscheidet das verständige Ermessen.[2])

Der Entw. der Vereinigten Staaten erwähnt die lawfull correction nur bei den Tötungen, § 268; die analoge Anwendung auf die KV. ist sehr naheliegend.[3]) Einem Mißbrauche des Züchtigungsrechtes steuert ein ausgezeichneter, zur Nachahmung dringend empfohlener Kinderschutzparagraph: „Whoever shall torture, cruelly beat, abuse, or otherwise wilfully maltreat any child under the age of sixteen years, shall be imprisoned not more than two years or be fined not more than one thousand dollars, or both."

Der Satz „volunti non fit injuria" gilt unbestritten für das Gebiet des assault; es ist durchaus die römische Auffassung, wenn Stephen[4]) erklärt: „an assault is inconsistent with consent"; ebenso ist unbestritten, daß Zustimmung zur Tötung wirkungslos ist.[5]) Das letztere gilt auch für schwere KV., und Stephen präzisiert dies dahin, daß „jedermann das Recht habe, zuzustimmen, daß ihm eine KV. zugefügt werde, welche nicht die Schwere eines „maim" erreicht". Als wirkungslos wird auch die Zustimmung erklärt, wenn die Handlung gegen ein öffentliches Interesse verstößt oder gar einen Friedensbruch bedeutet (wie z. B. wenn jemand durch die KV. zum Betteln tauglich gemacht werden soll, oder wenn ein Preiskampf ausgeführt wird). Die englische Jurisprudenz scheint sich nicht darum zu kümmern, daß hier ganz andere Rechtsgüter, als die körperliche Integrität, in Frage kommen.[6])

Regel in Gefahr bringen"; daher nicht die Handlungen der Heilkunst; ich möchte statt dessen sagen: „so können nur Handlungen Verbrechen sein, die das (durch die betreffende Norm geschützte) Gut schädigen".

[1]) In § 24 der Prevention of Cruelty to Children Act. 1894; vergl. Russel III S. 293 f.

[2]) Stephen Art. 222; Kenny, Outlines S. 154, 108 f.; Russel III S. 312, 293 f.

[3]) Vergl. Wharton § 631 ff.

[4]) Art. 227 Anm. 1; vergl. daselbst Art. 224 ff. und Kenny, Outlines S. 110, 156 f.

[5]) So auch Entw. v. 1879 § 69.

[6]) Über die Strafbarkeit der Selbstverletzung unter den gleichen Voraussetzungen s. Russel III S. 278. Der Entw. v. 1880 § 551 bestimmt: „Whoever, for any purpose whatever which is injurious to the public at large, maims himself, or maims any other person with his consent, is guilty of an offence . . ." Strafe bis zu zwei Jahren imprisonment. Vergl. das StrGB. für New-York § 207 f.

Wie weit bei Gefährdung von Leib und Leben die Zustimmung des Gefährdeten wirkt, ist zweifelhaft.[1])

Die amerikanische Jurisprudenz folgt in der Frage der Einwilligung genau der englischen[2]); der Entw. der Verein. St. schweigt, und man könnte nur aus der Behandlung des Selbstmordes in §§ 262ff. Schlüsse ziehen.

Für die chirurgische Operation sind besondere Rechtssätze nicht gegeben; Stephen (Art. 225f.) konstruiert sie aus dem Gesichtspunkte der Einwilligung[3]); wenn der Patient nicht bei Sinnen ist, dann darf man auch ohne seine Einwilligung vorgehen; er bemerkt aber (Art. 228), daß in diesem Falle die Zustimmung jede Art von Gefährdung, selbst die des Lebens, decke. Der Entw. v. 1879, § 67, enthält eine allgemeine Bestimmung über surgical operation, welche auf die Zustimmung keine Rücksicht nimmt.[4]) Der Entw. der Verein. Staaten schweigt.

Das Züchtigungsrecht der Eltern, Erzieher und Lehrer ist in der französischen Jurisprudenz anerkannt, aber nicht gesetzlich geregelt.[5]) Vortrefflich ist eine vielzitierte Kass.-Entsch. v. 17. Dez. 1819: „que si la nature et les lois civiles donnent aux pères sur leurs enfants une autorité de correction, elles ne leur confèrent pas le droit d'exercer sur eux des violences ou mauvais traitements qui mettent leur vie ou leur santé en péril". Dazu bemerkt Garçon (Art. 312 N. 42) sehr richtig: „Toute règle plus précise serait dangereuse et c'est à la sagesse des magistrats qu'il appartient de décider, dans chaque espèce, si la limite du droit de correction a été dépassée."

Über die Bedeutung der Einwilligung enthält der Code pénal keine ausdrückliche Bestimmung. In Theorie und Praxis herrscht die Auffassung, daß Selbstverletzung und Beihilfe dazu straflos, Verletzung des Einwilligenden dagegen nach den gewöhnlichen Regeln strafbar sei[6]); dies wird meist aus der öffentlichrechtlichen Auffassung des Strafgesetzes hergeleitet; charakteristisch ist, daß Garraud soweit geht, Tätowierungen, rituelle Beschneidung, ja sogar das Durchstechen des Ohrläppchens „suivant les cir-

[1]) Stephen Art. 230; z. B. der Seiltänzer A rollt den B mit dessen Zustimmung in einem Fasse über das hohe Seil.

[2]) Vergl. Bishop I § 259f., II §§ 35f., 72b; Statutory crimes § 496; Wharton §§ 140ff., 582, 613, 636.

[3]) Anschließend Kenny, Outlines S. 157f.; Wharton § 144.

[4]) „Every one is protected from criminal responsibility for performing with reasonable care and skill ony surgical operation upon any person for his benefit: Provided that performing the operation was reasonable, having regard to the patients state at the time, and to all the circumstances of the case."

[5]) Aus den Vorarbeiten zum Kinderschutzgesetz v. 19. April 1898 ergibt sich, daß man das Züchtigungsrecht aufrechterhalten wollte und deshalb die einfache violence gegen Kinder unter 15 Jahren nicht besonders unter Strafe stellte; Garçon zu Art. 312 N. 30, 39. Vergl. im allgemeinen Garçon a. a. O. N. 37ff.; Chauveau et Hélie 1354; Garraud 1710. — Nypels zu Art. 398 N. 17f.

[6]) Vergl. Blanche IV N. 567; Garraud 1671ff., 1711; Garçon Art. 295 N. 228ff., bes. N. 235, Art. 309 N. 69, 82 (Ovariotomie!), Art. 316 N. 7. — Ebenso für Belgien Haus, Principes I N. 648ff.



constances“ (leider spricht er sich über diese „Umstände“ nicht aus) trotz Einwilligung des Verletzten für strafbar zu erklären.

Über die chirurgische Operation schweigt der Code ebenfalls.[1])

Das geltende österreichische Recht zieht die Schranken des Züchtigungsrechtes sehr gut: „die Eltern sind .... befugt, unsittliche, ungehorsame oder die häusliche Ordnung und Ruhe störende Kinder auf eine nicht übertriebene und ihrer Gesundheit unschädliche Art zu züchtigen“ (§ 145 a. bürgerl. GB.). Dem entsprechend sagt das StrGB. (§ 413): „Das Recht der häuslichen Zucht kann in keinem Falle bis zu Mißhandlungen ausgedehnt werden, wodurch der Gezüchtigte am Körper Schaden nimmt.“ Es genügen also nicht „sichtbare Merkmale und Folgen“. Die „Mißhandlung bei häuslicher Zucht“ ist ein delictum sui generis, verschieden behandelt für die verschiedenen Fälle;. in den altväterischen Sätzen steckt viel gesetzgeberische Weisheit: „Bei Mißhandlungen der Eltern an ihren Kindern sind die ersteren vor Gericht zu berufen, und ist ihnen das erste Mal der Mißbrauch der Gewalt und die gegen die Natur laufende Lieblosigkeit ihres Betragens mit Ernst und Nachdruck vorzuhalten; bei einem zweiten Falle ist den Eltern ein Verweis zu geben, und die Bedrohung beizusetzen, daß sie bei abermaliger Mißhandlung der elterlichen Gewalt verlustig erklärt, ihnen das Kind abgenommen, und auf ihre Kosten an einem anderen Orte werde erzogen werden“ (§ 415). „Bei einem dritten Rückfalle, oder wofern entweder die erste Mißhandlung schon an sich sehr schwer oder die Gemütsart der Eltern so beschaffen wäre, daß für das Kind weitere Gefahr zu besorgen stünde, ist sogleich das erstemal auf die oben angedrohte Strafe zu erkennen ....“ Wenn die Eltern die Erziehungskosten nicht tragen können, werden sie mit strengem Arreste bestraft. Aus diesen Bestimmungen leuchtet die Absicht durch, die elterliche Autorität zu schonen und nicht durch Eingreifen des Strafrichters einen Keil zwischen die Eltern und das Kind zu treiben; es können ganz brave Eltern sich gelegentlich vergessen und einem bösen Kinde einen allzu starken Klaps versetzen; wenn sie dafür gestraft werden, so bringt das die Gefahr einer völligen Entfremdung zwischen ihnen und dem Kinde mit sich. Es wäre m. E. richtig, solche Vorhalte und Verweise, wie sie das österr. Recht normiert, durch die Pflegschaftsbehörde erteilen zu lassen, zu einer Bestrafung der Eltern aber nur zu schreiten, wenn man ihnen das Kind ohnedies nicht mehr belassen will.

Vormünder, Lehrer oder Erzieher, Gesindehalter und Lehrherren werden in der Regel gleich bei der ersten Überschreitung des Züchtigungsrechtes mit Arrest bestraft; sie können ferner zur Übernahme von Vormundschaften, zu dem Lehramte und Erziehungsgeschäfte untauglich erklärt werden, oder

[1]) Vergl. Garçon zu Art. 309 N. 80f., zu Art. 316 N. 6. (Garçon vertritt die Theorie vom Berufsrecht des Arztes.) Nypels zu Art. 398 N. 3 (Mangel der Schadensabsicht).

das Recht verlieren, Lehrlinge und jugendliche Hilfsarbeiter zu halten (§§ 417 ff. StrGB.; § 137 Gewerbe-Ordn.).

Unter der gleichen Rubrik behandelt das Gesetz auch die „gegenseitige Mißhandlung der Eheleute“: „Wenn ein Gatte den andern auf die in dem § 413 erwähnte Art mißhandelt, sind beide Teile vorzufordern, und nachdem die Mißhandlung untersucht worden, ist dem mißhandelnden Teile ein strenger Verweis zu geben; nach Umständen ist derselbe mit Arrest von einer Woche bis zu drei Monaten .... zu bestrafen. Doch steht dem mißhandelten Teile frei, eine Milderung der Strafe und selbst die Nachsicht derselben anzusuchen, worauf der Richter allezeit gehörig Rücksicht zu nehmen haben wird.“ Von einem gegenseitigen Züchtigungsrechte der Gatten ist wohl keine Rede; der Paragraph teilt mit §§ 413 f. nur die Tendenz, die rauhe Hand des Strafrichters so wenig als möglich in Familienbeziehungen störend eingreifen zu lassen (vergl. § 525).

Der Entw. läßt alles dies fallen; seine Bestimmungen über Züchtigungsrecht sind unvollständig, widerspruchsvoll und ohne jedes Interesse.[1])

Zweifelhaft ist die Bedeutung der Einwilligung nach geltendem Rechte gerade bei der KV.; die Kontroverse hat aber außerhalb Österreichs keine Bedeutung.[2]) Der Entw. folgt dem RStrGB. (vergl. §§ 219, 228).

Die Frage der ärztlichen Behandlung wurde in der Gesetzgebung und in der Praxis Österreichs nicht aufgeworfen.

Das Züchtigungsrecht ist in den Art. 390 ff. des italienischen StrGB. im Anschlusse an die französische Praxis[3]) gut geregelt. „Wer unter Mißbrauch der Korrektions- und Disziplinarmittel Schaden oder Gefahr für die Gesundheit einer Person verursacht, welche seiner Autorität unterstellt ist, oder ihm anvertraut zum Zwecke der Erziehung, des Unterrichtes, der Pflege, der Beaufsichtigung oder Verwahrung, oder zur Übung eines Gewerbes oder einer Kunst (di una professione o di un' arte) wird mit Gefängnis bis zu 18 Monaten bestraft.“ Der Richter kann auch auf Aberkennung aller elterlichen Rechte, Entfernung von der Vormundschaft und Ausschließung von jedem anderen vormundschaftlichen Amte erkennen. Die Abgrenzung dieses Deliktes von dem der lesione personale bietet einige Schwierigkeiten.[4]) Im Zusammenhange damit findet sich die „maltrattamenti“, schlechte Behandlung[5]), von Familienmitgliedern und von

[1]) Entw. §§ 238, 468; Bericht S. 61 f.; Bemerkungen S. 438.

[2]) Vergl. Finger I S. 331 f.; Lammasch S. 60; Herbst I S. 326 f.; für richtig halte ich die Ansicht von Stooß, Chirurg. Operation S. 84 f. und allg. öster. Ger.-Ztg. 1903 Nr. 16.

[3]) Die Motive Zanardellis II S. 330 f. berufen sich auf die oben S. 249 zitierte Kass.-Entsch. v. 17. Dez. 1819.

[4]) Vergl. den Kommentar von Majno.

[5]) Teichmann und Stephan übersetzen: „Mißhandlungen“, was mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch des § 223 RStrGB. geradezu irreführend ist. Die Motive Zanardellis (S. 331) führen als Beispiel u. a. die ungenügende Ernährung an; vergl. Majno N. 2443 ff.

Kindern unter 12 Jahren, eine sehr beachtenswerte Materie, die aber nicht in den Rahmen meiner Arbeit fällt.

Über die Wirksamkeit der Zustimmung[1]) und über die ärztliche Behandlung enthält das italienische StrGB. keine Verfügung.

Niederlande. Das Züchtigungsrecht und der ärztliche Eingriff sind anerkannt durch die Fassung des Gesetzes (s. oben S. 231). Der Entwurf Cort van der Linden (1900) enthielt die ausdrückliche Bestimmung (Art. 43): „Straflos ist, wer zur Ausübung der Zucht über eine ihm anvertraute minderjährige Person eine Handlung begeht, sofern diese nach verständigem Ermessen als zweckmäßig anzusehen ist.“[2]) Ob und wie weit die Zustimmung des Verletzten die Strafbarkeit der KV. ausschließe, ist ebenso zweifelhaft, wie nach RStrGB.[3])

Der Schweizer Entw. enthält keine ausdrückliche Bestimmung über das Züchtigungsrecht; dieses wäre aber durch den allgemeinen Satz des Art. 23[4]) gedeckt; Überschreitungen dieses Rechtes fallen unter die sehr weite Bestimmung des „Kinderschutz“-Artikels 141 (grausame Behandlung von Pflegebefohlenen).

In bezug auf Einwilligung des Verletzten kehren die Lücken des RStrGB. wieder (vergl. Art. 61 f.).

Über den ärztlichen Eingriff schweigt der Entw.

Norwegen. Der Entw. v. 1896 hatte noch die Rechtswidrigkeit in den besonderen Tatbestand der KV. und der Tötung aufgenommen, was im Gesetze — offenbar als selbstverständlich — fallen gelassen wurde; die Motive (S. 212) bemerken, damit seien ausgeschlossen „nicht allein die selbstverständlichen Fälle, wo die KV. oder die Tötung im Gesetze einen Rechtstitel haben, sondern auch die, wo die Einwilligung die Rechtswidrigkeit aufhebt, gleich wie die, wo nach allgemein anerkannten Grundsätzen die Schadenszufügung gerechtfertigt wird als das geringere von zwei Übeln, sowie bei Operationen und bei der Perforation, wo der Embryo getötet wird, um das Leben der Mutter zu retten.“

Über das Züchtigungsrecht enthält eine besondere Bestimmung der § 386: „Wer, ohne die Absicht zu schaden, in Übereilung oder aus Unverstand das ihm zukommende Züchtigungsrecht überschreitet, wird mit Geldstrafe oder mit Haft bis zu drei, im Rückfalle aber bis zu sechs Monaten bestraft.“

In Betreff der Wirkung der Einwilligung des Verletzten erklären die Motive mit Recht eine positive Regelung für nötig (S. 218); diese wird

[1]) Die Frage ist sehr bestritten; vergl. Carrara, Progr., parte spec. II §§ 1405, 1408; Pessina, Elem. II (1883) S. 77; Crivellari VII S. 862 f.

[2]) Zitiert nach Noyon I S. 4. In dem Entw. v. 19. Sept. 1904 findet sich nichts Ähnliches.

[3]) Vergl. van Hamel S. 243 f., 246 f.; Noyon I S. 22; Simons I S. 188 ff.

[4]) „Die Tat, die ein Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen gebietet, erlaubt oder für straflos erklärt, ist in diesen Fällen kein Verbrechen.“

in § 235f. dahin getroffen, daß „die Strafen der §§ 228 und 229 nicht zur Anwendung kommen, wenn die Handlung gegen einen Einwilligenden vorgenommen worden ist"; das betrifft die Fälle der vorsätzlichen Herbeiführung der ersten und der zweiten Stufe der KV., mag auch die schwerste Folge voraussehbar (s. u.) gewesen sein![1]) Die Motive meinen, es sei fraglich, ob es nicht am richtigsten gewesen wäre, diesen Satz auf § 228 allein einzuschränken; ich denke, er würde selbst dann noch zu weit gehen! Wenn eine schwere KV. mit Einwilligung des Verletzten begangen wurde, so tritt freies Milderungsrecht ein (ohne rechtlichen Anspruch des Täters auf diese Milderung, vergl. Mot.); ebenso wird die Beihilfe zur Selbstverletzung behandelt.[2])

[1]) Vergl. aber § 364: „Mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten wird bestraft, wer ein Mittel oder Verfahren anwendet, wodurch ein anderer mit seiner Einwilligung in hypnotischen Zustand oder in Ohnmacht, Bewußtlosigkeit oder in ähnlichen Zustand versetzt wird. — Diese Bestimmung schließt nicht aus, daß ein Arzt die Versetzung in solchen Zustand zu wissenschaftlichen Zwecken oder bei Krankenbehandlung benutzt."

[2]) Die Strafe entfällt aber, wenn nicht eine schwere KV. eingetreten ist; die Motive rechtfertigen in ausführlicher Weise diese Gleichstellung.

3. Der subjektive Tatbestand.

A. Das deutsche Recht.

In meinen Schuldformen I, S. 136 ff., ist gezeigt, wie sich im kanonischen Rechte für den Irregularitätsgrund des homicidium der Satz ausbildete: versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto. Aus einer mißverständlichen Übertragung dieses Satzes auf das Gebiet des Strafrechts entstand der dolus indirectus seu eventualis der älteren gemeinrechtlichen Doktrin; gegen Ende des 18. Jahrhunderts war nach der herrschenden Lehre die Form eines Deliktes mit dolus indirectus die folgende: 1. es ist ein versari in re illicita erforderlich, ein mit dolus directus ausgeführtes Grunddelikt, z. B. ein Messerstich; 2. daraus ist ein schwerer Erfolg, z. B. der Tod des Gestochenen entstanden, den der Täter zwar nicht beabsichtigt, wohl aber als gemeinigliche oder doch leicht mögliche Folge seiner Handlung vorausgesehen hat; man verlangte ein scivisse, es genügte nicht ein scire potuisse ac debuisse. Für diese Fälle nahm man an, daß der Erfolg gewollt oder eventuell gewollt sei[1]; die psychologischen Begründungen dieser Theorie sind nicht viel verschieden von den in der modernen Literatur vorgebrachten.

Diese Form liegt nun allen durch den Erfolg qualifizierten Verbrechen des RStrGB. zu Grunde.[2]

Vollkommen intakt erhalten ist das wertlose Stück, das versari in re illicita, das dolose Grunddelikt.

Völlig verdorben ist das zweite, wertvolle Stück; durch eine eigenartige Entwicklung[3] ist das Erfordernis des Vorausgesehenhabens des Erfolges, ja sogar das Erfordernis irgend eines Verschuldens in bezug auf den unbeabsichtigten Erfolg verloren gegangen; der Begriff

[1]) So noch das geltende österreichische StrGB. § 1, welches aber durch Theorie und Praxis ganz um seinen ursprünglichen Sinn kam; vergl. meine Schuldformen I S. 182 ff.

[2]) Vergl. die Untersuchungen Bindings über das zusammengesetzte Verbrechen, Lehrb. I S. 15 ff.

[3]) Ich habe dieselbe dargestellt in meinen Schuldformen I S. 248 ff., 268 ff. Als wichtiger Beleg ist nachzutragen die oben S. 220 Anm. 1 abgedruckte Stelle aus den Motiven zur preuß. Novelle v. 1856.

des Verbrechens erfordert nur den Eintritt des Erfolges.[1]) Damit ist das RStrGB. tief unter das Niveau von Leyser, Böhmer und Nettelbladt gesunken.

Während so der dolus indirectus entartete, wurde ein vermeintlich neuer dolus eventualis entwickelt. Dieser unterscheidet sich von dem alten dolus indirectus seu eventualis nur durch das Fallenlassen des sinnlosen Requisites des versari in re illicita; der mit einer gewissen höheren Wahrscheinlichkeit vorhergesehene Erfolg einer, wenn auch an sich erlaubten Handlung wird dem Täter zum „Vorsatze" zugerechnet; nur über die Modalitäten und die psychologische Konstruktion (Willenstheorie — Vorstellungstheorie) wird gestritten.

Das RStrGB. kennt neben dem degenerierten dolus indirectus auch den neuen dolus eventualis; die beiden Formen geraten sich nicht selten in die Quere, insbesondere auch bei der KV.

Der Aufbau der einzelnen Fälle der KV. hat die Form des dolus indirectus: ein doloses Grunddelikt mit nicht beabsichtigten Folgen.

Als Grunddelikt erscheint die „vorsätzliche" leichte KV. des § 223. Unter „Vorsatz" ist hier im Sinne der herrschenden Meinung nicht nur die „Absicht" (vergl. § 225), sondern der weitere Vorsatzbegriff zu verstehen, der auch den dolus indeterminatus seu eventualis der jüngeren gemeinrechtlichen Doktrin mitumfaßt.[2])

---

[1]) So das RG. in ständiger Praxis; (III) v. 28. Sept. 81, E. 5, 29; (II) v. 27. Mai 87, E. 16, 129; (II) v. 20. Okt. 93, Goltdammers Arch. 41, 391. In der Literatur sind die Meinungen geteilt; Zusammenstellung in meinen Schuldformen I S. 269 Anm. 26; dazu vergl. Schott, Zufälliger Erfolg S. 23ff.; Binding, Lehrb. I S. 18f.; Frank S. 103 (zu § 59, II 3).

[2]) Vergl. meine Schuldformen I S. 263f. „Der Vorsatz erfordert neben dem auf die Verübung der äußeren Handlung gerichteten Willen nur das Bewußtsein, daß dieselbe das körperliche Wohlbefinden des anderen stören oder seine Gesundheit beschädigen werde"; so RG. (II) v. 31. Jan. 82, R. 4, 98; anschließend (I) v. 9. Nov. 93, E. 24, 369; (IV) v. 30. März 94, E. 25, 227ff.; (III) v. 24. Sept. 94, E. 26, 61; bei der großen Weite der „leichten" KV. ist es sehr leicht möglich, daß innerhalb ihres Rahmens der Erfolg den Willen (auch den dolus eventualis) überschreitet; z. B. eine Ohrfeige, durch welche der Verletzte strauchelt und sich ein Bein bricht (ohne eine der Folgen des § 224); hier liegt, weil das Gesetz zwischen Ohrfeigen und Beinbrechen nicht unterscheidet, eine einheitliche, vorsätzliche, leichte KV. vor, nicht etwa Idealkonkurrenz von Vorsatz und Fahrlässigkeit, und das Überschießen des Erfolges über den Vorsatz kann nur als Strafzumessungsgrund eine Rolle spielen; so die zuletzt angeführte Entsch., ferner RG. (II) v. 27. Mai 87, E. 16, 129; vergl. Hälschner in Goltdammers Arch. 18 (1870) S. 668; das gilt aber nur, soweit der vorgesetzte und der eingetretene Erfolg einer gesetzlichen Einheit angehören. Anders Binding, der in dieser Frage seine Normentheorie bis zu den absurdesten Konsequenzen durchführt (Normen II S. 418ff., 517ff.; Lehrb. I [1902] S. 17 Anm. 3, S. 46 Anm. 4). Er konstruiert sich ganz willkürlich die „Norm" gegen alle KV. (schwere und leichte) als eine einheitliche, erhält auf diese Weise ein einheitliches Delikt der KV.; und da bei ihm der Vorsatz sich nicht auf Schlagen, Augenausstechen, Kastrieren usw. sondern auf „Normverletzung" richtet, so ist derselbe für das ganze Gebiet der KV. einheitlich; A, der dem X einen Stockstreich versetzen will, und B, der dem Y beide Augen ausstechen will, haben denselben Vorsatz, und im Falle des § 225 bildet das Wissen und Wollen des schweren Erfolges „nur ein neben den Vorsatz hintretendes Strafbarkeitsmerkmal". Innerhalb des Gebietes derselben Norm

Ein Verbrechen der „vorsätzlichen schweren KV.“ kennt das RStrGB. nicht.[1]) Der § 225 setzt eine höhere Strafe für den Fall, daß eine der schweren Folgen des § 224 „beabsichtigt und eingetreten war“; als Muster diente wohl der Art. 169 des revidierten sächsischen StrGB. v. 1. Oktober 1868[2]): „Ist die Absicht des Täters bestimmt auf eine der im Art. 167 .... erwähnten Verletzungen (schwere KV.) gerichtet gewesen, und diese Absicht erreicht worden ....“ Es ist m. E. kein gegründeter Zweifel möglich, daß beide Gesetze im Sinne der dem RStrGB. vorangehenden Doktrin hier unter „Absicht“ den dolus determinatus oder directus, das schlichte und ungekünstelte „Wollen des Erfolges“ verstehen, im Gegensatze zu dem dolus indeterminatus, indirectus seu eventualis.[3])

Die „schwere KV.“ des § 224 RStrGB. besteht darnach aus dem Grunddelikt der vorsätzlichen leichten KV., qualifiziert durch

---

kann der Täter nur seine Wünsche, nicht sein Wollen beschränken: „Wer beispielsweise einen andern verwunden will, beabsichtigt die Ursache zu einer KV. zu setzen, allein er weiß, daß er den Umfang der Wirksamkeit dieser Ursache zu bestimmen nicht in der Hand hat; er mag wünschen, daß diese Wirksamkeit bestimmte Grenzen nicht überschreite, wollen kann er dies nicht, weil wer die Ursache zu einem Delikt setzen will, die Folgen dieser Ursache soweit mitwollen muß, als sie aus diesem einen Delikt nicht herausfallen“. (Normen II S. 421.) Nach dieser Muß-Psychologie verhält sich die Sache so: Wer einen leichten Schlag versetzen will, und dadurch in nicht voraussehbarer Weise (Normen II S. 420f.) dem andern ein Auge ausschlägt, „muß“ diese Folge mitwollen, weil er „körperverletzen“ will und der Erfolg eine KV. ist; innerhalb des Rahmens dieses einheitlichen Bindingschen Deliktes „weiß er genau, daß er die Quantität des Erfolges nicht in der Hand hat“. Anders natürlich, wenn der A dem B mit einem Küchenmesser den Penis, oder mit einer Hacke das Bein abtrennen wollte und B an der Verletzung stirbt; hier „muß“ A den Erfolg nicht mitwollen, er weiß nicht genau, daß er den Erfolg nicht in der Hand hat, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil Binding für die Tötung eine besondere Norm bewilligt, und A diese Norm nicht übertreten wollte. Mit Recht bezeichnet Geyer in einer trefflichen Kritik dieser Lehre (Kritische Vierteljahrsschrift 1878 S. 575) den Vorgang Bindings als „Einspannung des Willens in das Prokrustesbett der tyrannischen Norm“; vergl. auch Scheitlin S. 83. So wird Binding, sonst ein energischer Bekämpfer der Erfolghaftung, gerade auf dem Gebiete der KV. ein Anhänger derselben; es schien mir wichtig, zu zeigen, auf welchem Wege er dazu gekommen.

[1]) Ungenau v. Liszt, der S. 317 von einer „schweren vorsätzlichen KV. (StrGB. § 224)“ spricht, obwohl er S. 319 sagt: „Die Strafe tritt ein, auch wenn in bezug auf den schweren Erfolg weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit auf seiten des Täters vorliegt.“

[2]) Vergl. John in Goltd. Arch. 25 S. 406; einen Unterschied zwischen Vorsatz und Absicht macht schon das preuß. Landr. II 20 §§ 796ff.; vergl. Österreich § 155a.

[3]) So RG. (I) v. 9. Nov. 93, E. 24, 369; Olshausen zu § 225 N. 2; v. Wächter S. 343; meine Schuldformen I S. 263, 276; Frank zu § 59 IV a. E.; wohl auch Binding, Normen II 518 u. Lehrb. I S. 50; Günther S. 174; noch enger v. Liszt S. 319 (vergl. S. 171) u. Merkel S. 399, die ein „Bezwecken“ des Erfolges verlangen. Dagegen lassen — ohne den Versuch einer Begründung — den dolus eventualis zu die Kommentare von Rüdorff-Stenglein, v. Schwarze, Oppenhoff; ferner Schütze S. 397, Mayer S. 476 Anm. 23, Thomsen, Versuch S. 141f. Wie sich diese Autoren den vom Gesetzgeber so scharf hervorgehobenen Gegensatz von „vorsätzlich mißhandeln etc.“ (§ 223) und „beabsichtigen der Folgen“ denken, weiß ich nicht.

den Eintritt einer der schweren Folgen; es ist für den Tatbestand des § 224 gleichgültig, ob diese Folgen zufällig, fahrlässig oder mit dolus eventualis herbeigeführt sind; sie dürfen nur nicht „beabsichtigt“ sein, weil dann der § 225 Platz greift. Die „vorsätzliche“ schwere KV. ist also (mit Ausschluß der „absichtlichen“) durch § 224 mit umschlossen. Die Unterschiede im Verschulden sind innerhalb des Strafrahmens (1 Monat Gefängnis bis 5 Jahre Zuchthaus, § 228) zu berücksichtigen. Die Zuchthausstrafe — das müssen wir zur Ehre des Gesetzgebers annehmen — kann nur gemünzt sein auf den bei der KV. so häufigen Fall des dolus eventualis.

Schwieriger ist es, die Natur der KV. mit tödlichem Ausgange zu erkennen. Der § 226 sagt: „Ist durch die KV. der Tod des Verletzten verursacht worden . . .“ Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen den KV., die als Grunddelikt dienen können; daher kann Grunddelikt sein eine vorsätzliche leichte, eine gefährliche (§ 223 a))[1], eine vorsätzliche schwere (sonst unter § 224 fallende) und schließlich eine absichtliche schwere KV. (§ 225).[2])

Was den tödlichen Erfolg betrifft, so kann er zufällig oder fahrlässig[3]) herbeigeführt sein; wohl auch mit nicht überlegtem dolus eventualis, obwohl dies sehr bestritten ist.[4]) Für den Einschluß des dolus eventualis sprechen folgende Gründe: 1. Bei den gemeingefährlichen Verbrechen sagen es die Motive deutlich, daß durch den oft wiederkehrenden Satz: „wenn durch . . . . (das Grunddelikt) . . . . der Tod eines Menschen verursacht worden ist“ nur „Vorsatz und Überlegung der Tötung“ ausgeschlossen, der Totschlagsdolus also eingeschlossen sein soll[5]); das Gesetz drückt sich

---

[1]) So RG. (I) v. 15. Dez. 94, E. 26, 312.

[2]) Das Gegenteil behauptet in ganz willkürlicher Weise Olshausen zu § 226 N. 2, der Idealkonkurrenz zwischen §§ 226 u. 225 annimmt; gegen ihn John in Goltd. Arch. 25 S. 404f.; Frank zu § 226 N. 1 (welche beide O. irrig für seine Ansicht zitiert) und Binding, Lehrb. I S. 50.

[3]) Dagegen Frank N. I, der deshalb, weil § 226 Verschulden bezüglich des tödlichen Erfolges in keiner Weise verlangt, annimmt, daß § 226 nur den zufälligen Erfolg vor Augen hat; diese, mit der geschichtlichen Entwicklung im schärfsten Widerspruch stehende Ansicht mutet dem Gesetzgeber den hellen Wahnsinn zu, daß er die Strafe der leichten KV. bloß mit Rücksicht auf den zufälligen Tötungserfolg zur Höhe der Totschlagsstrafe emporschnellen läßt; vergl. unten im Text. Richtig Olshausen N. 2 mit der herrschenden Meinung; vergl. Thomsen, Versuch S. 33f.; meine Schuldformen I S. 270f.

[4]) Ich habe in meinen Schuldformen I S. 271ff. versucht, diese Frage für alle durch den tödlichen Erfolg qualifizierten Delikte des RStrGB. zu lösen; anschließend Zeitler, Strafe ohne Schuld S. 43ff.; vergl. dazu Binding, Lehrb. I S. 19, Frank vor § 211 N. IV. Letzterer macht auch hier den Trugschluß: da Verschulden hinsichtlich des tödlichen Ausganges bei diesen Delikten nicht zum Tatbestande gehört, so ist es ausgeschlossen, und bei Verschulden liegt einfach eine Idealkonkurrenz vor. Dagegen gilt das schon Gesagte, ferner die deutliche Erklärung der Motive (s. unten).

[5]) Vergl. meine Schuldformen I S. 274ff. Die Motive zu Entw. III S. 83 sagen: „Nur in den Fällen, in denen der Täter erweislich mit Vorsatz und Überlegung den Tod eines Menschen herbeigeführt hat, wird man die Todesstrafe als unzweifelhaft gerechtfertigt ansehen können; für einen solchen Fall aber ist sie als Strafe

aber in § 226 nicht anders aus als z. B. in § 312. 2. Die KV. mit tödlichem Ausgange des preußischen StrGB. hat sich aus dem Totschlage des preußischen Landrechts (II, 20, § 806), d. h. aus einer Tötung mit dolus indirectus s. eventualis entwickelt und sollte nach den Erklärungen des Regierungskommissärs ein Äquivalent für dieses Verbrechen sein.[1]) 3. Die in § 226 ausgesetzte Strafe hat nur unter diesen Voraussetzungen einen verständigen Sinn; ihr Maximum ist 15 Jahre Zuchthaus, was dem Maximum der Totschlagsstrafe (§ 212) genau entspricht. Die Totschlagsstrafe soll aber auch noch der „absichtlichen" Tötung gerecht werden; ihr Strafmaximum ist für diese schwerste Schuldform zu reservieren; Tötung mit dolus eventualis ohne Überlegung kann daher nach § 212 bei richtiger Strafzumessung nicht mit 15 Jahren Zuchthaus geahndet werden, wohl aber nach § 226; das ist ganz entsprechend; denn im Falle des § 226 konkurriert ja mit der Tötung das vorsätzliche Grunddelikt.

Auch die Vergleichung der Strafminima spricht nur auf den ersten Anschein dagegen; sie betragen a) bei § 226 3 Jahre Zuchthaus oder 3 Jahre Gefängnis, im Falle mildernder Umstände (§ 228) 3 Monate Gefängnis; b) bei § 212 5 Jahre Zuchthaus, im Falle mildernder Umstände 6 Monate Gefängnis. Der Strafrahmen der KV. mit tödlichem Ausgange reicht also weiter nach unten, aber das erklärt sich sofort, wenn wir bedenken, daß er auch dem Falle gerecht werden soll, wo der tödliche Erfolg nur zufällig oder fahrlässig herbeigeführt wurde. Das Resultat ist also, daß unter § 226 als die speziellere Bestimmung zu subsumieren sind die Fälle, wo durch eine vorsätzliche KV. als Grunddelikt der Tod mit dolus eventualis herbeigeführt wurde, mit Ausnahme der vorsätzlichen Tötung mit Überlegung (§ 211). Bei „Absicht" kommen von vornherein nur die §§ 211 und 212 in Betracht.[2]) Die Sachlage ist deshalb so verworren, weil der Gesetzgeber auf das gegenseitige Verhältnis des neuen Totschlags und des Abkömmlings des alten Totschlags zu wenig Aufmerksamkeit verwendet hat. Für so einsichtslos dürfen wir aber den Gesetzgeber nicht halten, daß er in § 226 und in den zahlreichen anderen Fällen,

des Mordes im Entw. allgemein angedroht. . . . Der Gesetzentwurf hat für diejenigen Fälle, in denen eines der in Rede stehenden gemeingefährlichen Verbrechen vorsätzlich verübt ist, und den Tod eines Menschen verursacht hat, ohne daß Vorsatz und Überlegung der Tötung erwiesen, lebenslängliche Zuchthausstrafe angedroht."

[1]) Vergl. meine Schuldformen I S. 254ff., 256ff.; Berner im Gerichtssaal 1867 S. 1ff. (der zu teilweise anderen Resultaten kommt); Geyer in Holtz. Hdb. III S. 544.

[2]) Nicht ganz richtig RG. (III) v. 28. Sept. 81, E. 5, 129, wonach das Gesetz „dahin gelangt ist, den Täter bei der begriffsmäßigen Feststellung des Deliktes (der KV.) für die Folgen seines vorsätzlichen Handelns ohne Unterscheidung von Absicht, Fahrlässigkeit oder Zufall verantwortlich zu machen". Wenn die „Absicht" im technischen Sinne auf den Tod geht, dann liegt die Form des qualifizierten Grunddeliktes, wie sie den § 226 kennzeichnet, nicht mehr vor. Das Reichsgericht hat wohl — was nicht ungewöhnlich ist — „Absicht" statt „Vorsatz" gesagt; spricht man doch auch von „eventueller Absicht". Im übrigen stimme ich ganz mit dieser Entsch. überein.

wo der tödliche Erfolg die Strafe emporschnellen läßt, gerade jene Fälle ausschließen wollte, aus denen sich die Tatbestände geschichtlich entwickelt haben und für welche die Strafe angemessen ist: die Fälle des dolus indirectus seu eventualis.

Nun erst haben wir einen Überblick über die Weite des § 226; ihm kann die leichteste und die schwerste Form der KV. als Grunddelikt dienen; der Erfolg kann zufällig, fahrlässig und mit dolus eventualis herbeigeführt sein. Hier einige Beispiele:

A versetzt dem X eine Ohrfeige, die durch eine zufällige Verkettung von Umständen tötet.

B, ein Messerheld, sticht den Y bei einer Rauferei vorsätzlich in den Bauch und tötet ihn, ohne dies zu beabsichtigen. Das ist der Normalfall, an den der Gesetzgeber gedacht hat.

C schlägt im Zorn den Z nieder und verstümmelt den bewußtlos gewordenen Z derart (§ 225), daß dieser stirbt; C hat diesen Erfolg als leicht möglich vorausgesehen.

Alle diese Umstände sollen bei der Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens berücksichtigt werden[1]; dieser Rahmen ist trotz seiner ungewöhnlichen Weite zu eng[2]; für die Ohrfeige mit tödlichem Ausgange ist ein Minimum von 3 Monaten Gefängnis viel zu viel. Jedenfalls aber ist das eine viel zu summarische Gerechtigkeit, welche so grundverschiedene Handlungen auch nur mit demselben Namen benennt, und es besteht keine Sicherheit dafür, daß die Praxis jene tiefen Unterschiede in der Schuld, auf welche der Gesetzgeber nicht ausdrücklich hinweist, bei der Strafzumessung zu Ehren bringe.

In allen angeführten Fällen wird zwischen überlegter und nicht überlegter Ausführung der KV. nicht unterschieden; dieser Umstand ist ebenfalls innerhalb des Strafrahmens zu berücksichtigen.

Teils parallel mit diesem System, teils es durchkreuzend, laufen die „gefährlichen" KV. der §§ 223a und 229.

Die fahrlässige KV. ist in § 230 geregelt. Das Gesetz sagt: „Wer durch Fahrlässigkeit die KV. eines anderen verursacht . . . ."; es unterscheidet nicht weiter zwischen leichter und schwerer KV.[3]) Daher ist es für den Tatbestand gleichgültig, ob die eingetretene KV. leichter oder schwerer war als die vorhersehbare[4]; auch wenn Tötung vorhersehbar war, aber nur KV. eingetreten ist, liegt bloß fahrlässige KV. vor. Die Unterschiede im Verschulden sind auch hier innerhalb des Strafrahmens zu berücksichtigen.

[1]) Vergl. RG. (III) v. 26. Sept. 81, E. 5, 29; (I) v. 15. Dez. 94, E. 26, 312.

[2]) Treffend Geyer in Holtz. Hdb. III S. 544.

[3]) Unter KV. ist hier der gesamte Tatbestand des § 223 zu verstehen („Mißhandlung" und „Gesundheitsbeschädigung"); s. oben S. 215 Anm. 2.

[4]) Vergl. oben S. 255 Anm. 2.

Zu beachten ist die außerordentliche Weite dieses Deliktes. Daß fahrlässiges Stoßen im Gedränge für strafbar erklärt wird, zeigt, wie verderblich die Vermengung von „injuria“ und KV. ist.

Nicht vorhersehbare, also zufällige Folgen beschweren bei diesem Delikte den Täter nicht; konnte er nur eine KV. vorhersehen, es ist aber der Tod erfolgt, so haftet er nur für fahrlässige KV.[1]) Es gibt kein fahrlässiges Grunddelikt, qualifiziert durch zufällige Folge; die Traditionen des dolus indirectus berühren dieses Gebiet nicht.

Die gewöhnliche fahrlässige KV. ist Antragsdelikt; war jedoch „der Täter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet, so kann die Strafe auf 3 Jahre Gefängnis erhöht werden“ und das Vergehen wird von Amts wegen verfolgt (vergl. § 222 Abs. 2). Diese Unterscheidung hat sich sehr schlecht bewährt; sie geht offenbar davon aus, daß in den genannten Fällen der Grad der Fahrlässigkeit stets, oder doch in der Regel ein höherer sei. Das ist aber nicht richtig.[2]) Vor allem grenzt jede Fahrlässigkeit nach unten an den casus[3]); wir werden vom Fachmanne mehr Aufmerksamkeit und Geschicklichkeit verlangen als vom Laien, für ihn sind die Grenzen der culpa weiter; aber wenn er für einen Erfolg haftet, für den der Laie noch nicht haften würde, so muß er darum nicht auch noch mit strengerer Strafe haften; dies erkennt auch das RStrGB. an, indem es das Minimum der Strafe in § 230 Abs. 2 (und in § 222) nicht erhöht. Ferner ist für Durchschnittsfälle zu erwägen, daß der tägliche Umgang mit der Gefahr abstumpfend wirkt. Schließlich aber ist auch das Maximum der Fahrlässigkeit durchaus nicht an die genannten Tatbestände geknüpft; ich kann es wenigstens nicht einsehen, daß der berufsmäßig ausgebildete Chauffeur, der mit dem Automobil durch belebte Straßen rast, eine höhere Fahrlässigkeit entwickelt oder von irgend einem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit aus strenger zu bestrafen ist als der noch ungeübte Eigentümer des Gefährtes, welcher ebenso handelt; das gleiche gilt, wenn Laien mit Sprengstoffen, Giften, Krankheitserregern experimentieren, wenn Kurpfuscher nicht gewerbsmäßig, sondern nur in Ausnahmsfällen medikastern usw. Der Grad der Fahrlässigkeit kann nicht nach einer vorgerichteten Schablone, er muß nach der Lage des konkreten Falles bestimmt werden; in diesem Punkte muß der Richter frei bleiben. Die Verkennung dieser Wahrheit durch das RStrGB. hat dazu geführt, daß das Reichsgericht auf die genaue Absteckung der Grenzen dieser Schablone eine geistige Arbeit verschwenden mußte, die wahrlich einer besseren Sache würdig wäre; als Muster sei eine der letzten Entscheidungen angeführt[4]): Wenn ein Fleischer das Fleisch mit Benutzung

[1]) Vergl. RG. (I) v. 19. März 96, E. 28, 272.

[2]) Vergl. Protokolle der Komm. f. d. Reform d. Strafproz. I S. 289.

[3]) Treffend Geyer im Gerichtssaal 1874 S. 300.

[4]) RG. (I) v. 26. Okt. 03, E. 36, 405; vergl. die umfangreiche, ein kleines Wissensgebiet für sich bildende Judikatur bei Olshausen zu § 222 N. 7, 8, 9; dazu Frank zu § 222 II.

eines Fahrrades den Kunden zustellt, so ist das Radfahren eine den Betrieb des Gewerbes fördernde Hilfs- oder Nebenverrichtung, so daß die erhöhte Haftung eintritt, falls er jemanden mit dem Rade niederstößt; benützt aber ein Arbeiter sein eigenes Rad, um den täglichen Weg vom oder zum Arbeitsplatze zu verkürzen, dann handelt er im Interesse seiner eigenen Wirtschaft, nicht des gewerblichen Unternehmens. Ähnlich spitze Fragen ergeben sich, wenn eine Hebamme beruflich das Rad benutzt oder aber auf ihrem Rade spazieren fährt; wenn der Lehrer in der Schule die Kinder züchtigt und dann zu Hause die eigenen. Wie weit hat uns die Schablone von dem Grundgedanken des Gesetzes abgeführt!

Der ärztliche Kunstfehler ist nicht besonders geregelt; der Arzt und der gewerbsmäßige Kurpfuscher haften nach § 230 Abs. 2.[1])

Nach allen im Umlaufe befindlichen Theorien kann man sagen, daß die höchsten Grade der bewußten culpa hart an den dolus eventualis stoßen; das Gesetz wird diesem Umstande weder bei der fahrlässigen KV., noch bei der fahrlässigen Tötung ganz gerecht. Die Strafrahmen müßten noch ausgiebiger übereinandergreifen, damit außer dem Verschulden auch noch die anderen Strafzumessungsgründe berücksichtigt werden können. Es muß aber anerkannt werden, daß das RStrGB. in dieser Hinsicht besser ist als die meisten modernen Gesetze.

B. Das ausländische Recht.

Das englische Recht ist in der Schuldfrage sehr rückständig.[2]) Schon der große Abschreiber Bracton (erste Hälfte des 13. Jahrhdts.) übernimmt aus kirchlichen Rechtsquellen[3]) die Lehre vom versari in re illicita. Diese wird dann in einer Weise ausgestaltet, welche die sonderbarsten Mißbildungen des Kontinents noch übertrifft. Versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto — auch die rein zufälligen Folgen! Es ist bereits eine Abschwächung, daß Foster († 1763) diese Folgen nur dann zurechnet, wenn die ursprünglich beabsichtigte Handlung (die res illicita) sich zur Höhe einer „felony" erhebt. Auf seine Autorität hin war es, wenigstens bis vor kurzem, geltendes englisches Recht, daß derjenige eines „murder", d. h. einer Tötung mit „malice aforethought" schuldig und mit dem Tode zu bestrafen ist, welcher auf ein fremdes Huhn schießt, um es zu stehlen, und dabei rein zufällig einen Menschen tötet.[4])

[1]) Vergl. RG. (IV) v. 12. April 82, R. 4, 313; Motive zu Entw. III §§ 217, 228.

[2]) Die folgende Darstellung stützt sich wesentlich auf Stephen, History of the criminal law of England III S. 1ff., bes. S. 52ff., und Clark, Analysis of criminal liability (1880) S. 52ff. — Vergl. Rosenfeld, Tötungen, S. 11f.

[3]) Bracton, De leg. et consuet. Angliae, lib. III, tract. II, cap. IV, fol. 120b, wahrscheinlich aus Bernardus Papiensis' Summa decretalium geschöpft; vergl. Pollock u. Maitland, History of English law (1. Aufl.) II S. 474; meine Schuldformen S. 139ff.

[4]) Stephen, Digest Art. 244c und Illustration 9. In seiner History III S. 57 sagt Stephen höchst charakteristisch: „This astonishing doctrine has so far prevailed as to have been recognised as part of the law of England by many subsequent writers, . . . it has been repeated so often that I amongst others have not only

Daraus ergibt sich, daß die KV. mit tödlichem Ausgange (§ 226 RStrGB.) nach engl. Recht als murder anzusehen ist, wenn der Täter die Absicht hatte, schwer zu verletzen, weil dann eben das Grunddelikt eine felony ist[1]); in den andern Fällen ist wohl manslaughter gegeben.[2])

Als malice gilt bei murder selbstverständlich auch die Absicht zu töten („intention to cause the death"), ferner die von mir sog. Wissentlichkeit („knowledge, that the act which causes death will probably cause the death of .... some person").[3])

Während demnach jede Tötung mit dolus directus, indirectus und eventualis als murder gilt, macht die (jüngere!) Gesetzgebung über KV. bessere Unterschiede; die OPA. nennt: 1. in § 18 die beabsichtigt schwere KV. (= § 225 RStrGB.); whosoever shall unlawfully and maliciously .... wound or cause any grievous bodily harm to any person .... with intent .... to maim, disfigure or disable any person, or to do some other grievous bodily harm to any person .... shall be guilty of felony; das Strafmaximum ist lebenslängliche penal servitude.[4])

2. In § 20 die sonstige dolose Verwundung oder schwere KV.: whosoever shall unlawfully and maliciously wound or inflict any grievous bodily harm upon any other person .... shall be guilty of a misdemeanor. Das Strafmaximum ist penal servitude von drei Jahren. Das „maliciously" entspricht hier etwa dem für „malice aforethought" bei murder gesagten „Maliciously in this section covers all cases, in which a person willfully and without lawful excuse does that which he know to be likely to injure another."[5])

3. Der § 47 nennt den „assault occasioning actual bodily harm"; die Strafe ist die gleiche, wie im vorigen Falle: mit Recht, denn der assault setzt Absicht voraus.[6])

accepted it [im Digest a. a. O.], though with regret, but have acted upon it." Von dieser Auffassung geht jedoch ein Urteil aus dem Jahre 1887 ab, welches unter Mitwirkung Stephens gefällt wurde: R. v. Serné and Goldfinch, mitgeteilt in Shirley, Leading cases in the criminal law (1888) S. 40f. Shirley meint, daß damit die „old and absurd doctrine of constructive murder" abgetan sei. Der Indian penal code (§ 299f.) und die englischen Entwürfe (s. Komitee-Entw. v. 1879 § 174) enthalten nur Abschwächungen dieser Theorie; nach letzterem E. ist es noch immer murder: „if the offender for any unlawful object does an act, which he knows or ought to have known to be likely to cause death, and thereby kills any person, though he may have desired that his object should be effected without hurting any one". Das ist etwa der dolus indirectus des österreichischen Rechtes, der aber dort nur Totschlag, nicht Mord bedingt.

[1]) Stephen Art. 244a; Wharton § 641.

[2]) Vergl. Wharton § 324.

[3]) Stephen a. a. O. a, b; Entw. v. 1879 § 174.

[4]) Stephen Art. 257.

[5]) Stephen Art. 260 Anm. 2; der dort zitierte Fall R. v. Edwin Martin (1881) ist abgedruckt bei Shirley, Leading cases S. 50. Vergl. Kenny, Outlines S. 146f.; derselbe, Selection of cases S. 144ff.

[6]) Stephen, History III S. 118 lobt das engl. R. gegenüber dem französischen, weil es „looks almost entirely to the intention, with which the wounds were given or injuries inflicted", während das französische lediglich auf den Erfolg sehe. Dieses Lob ist nicht ganz verdient.

Ob die wissentliche Ansteckung mit einer venerischen Krankheit unter diesem Gesichtspunkte bestraft werden könne, ist bestritten; eine Bestrafung wegen „indecent assault“ ist in einem solchen Falle erfolgt.[1])

Die Entwürfe[2]) legen immer größeres Gewicht auf die intention; der letzte hat die Haupteinteilung:

1. Whoever intentionally, by any unlawful means whatever, causes to any person grievous bodily harm with intent: (a) to maim, disfigure, or disable such person“; (— 20 Jahre penal servitude). — 2. „Whoever intentionally (a) causes actual bodily harm to any person“ (— 5 Jahre penal servitude). Wie die englische Jurisprudenz das „intentionally“ auslegen würde, ist schwer zu sagen.[3]) Das reiche Detail (insbesondere Fälle von qualifiziertem Versuch) kann hier wohl übergangen werden.

Die rein fahrlässige KV. ist im allgemeinen straflos[4]); nur ganz vereinzelte Fälle fahrlässiger Gefährdung und KV. sind besonders mit Strafe bedroht.[5]) Auch die Entwürfe sind in dieser Richtung ganz unzureichend.[6])

Die nordamerikanische Jurisprudenz hat in der Schuldlehre keineswegs Fortschritte gegenüber der englischen aufzuweisen.[7]) Der Entw. der Verein. Staaten zeigt eine derartige Verworrenheit, daß es genügen wird, einige Beispiele herauszugreifen. Die Schuld bei dem schwersten Falle der KV. (maim) wird beschrieben: „Whoever wilfully, with intent to commit felony or to injure, disfigure or disable inflicts upon the person of another an injury, which seriously disfigures his person etc.“ Der Täter muß vor allem „willfully“ eine „injury“ zufügen, etwa „mit Willen“[8]) eine „Verletzung“, aus der dann die schweren Folgen erwachsen, die den maim bilden; er muß dabei eine „Absicht“[9]) gehabt haben, u. z. entweder 1. irgendeine felony zu begehen[10]); oder 2. zu „verletzen“, oder 3. zu entstellen, oder

---

[1]) R. v. Bennett (1866) bei Shirley, Leading cases S. 57; vergl. die Note des Herausgebers; Bishop II § 72b; und derselbe, Statutory crimes § 496; Wharton § 636. Dagegen aber Russel III S. 308f.; Harris S. 189; Kenny, Outlines S. 150.

[2]) Entw. v. 1878 §§ 149f., 157; 1879 (revid.) §§ 190f., 199; 1880 §§ 540ff.

[3]) Es kursiert in England eine „Vorstellungstheorie“, deren Hauptvertreter Austin zu sein scheint. Darüber und dagegen Clark a. a. O. S. 71ff. Vergl. Kenny, Outlines S. 148f.

[4]) Kenny, Outlines S. 149.

[5]) Vergl. Stephen Art. 261.

[6]) Entw. v. 1879 §§ 201ff., v. 1880 §§ 546ff.

[7]) Bishop I §§ 327ff. steht ganz auf dem alten Standpunkte; Wharton §§ 106ff., 315ff. nimmt doch gegen die reine Erfolghaftung beim versari in re illicita Stellung; bei dem letzteren Autor hat die Bekanntschaft mit einigen deutschen Büchern zur Klärung der Begriffe nichts beigetragen.

[8]) Es ist ein kühnes Unternehmen, diese Stelle zu analysieren und zu übersetzen; wie unklar die termini auch den engeren Fachleuten sind, mag folgende bittere Bemerkung Bishops (I § 427) zeigen: „Wilful — Malicious. — (these words) are too vague in meaning to be often employed in discussions of the law itself, except by one who has no distinct ideas to convey, and who wishes to appear learned when he is not. Naturally, therefore, they are not unfrequently found in statutes.“

[9]) Auch das Wort intent ist nicht allzuklar; vergl. Wharton §§ 106ff.

[10]) „Versanti in re illicita imputantur etc.“!

4. zu „disable“ (etwa: „entkräften“). Die Ohrfeige mit schweren Folgen und die absichtliche Blendung stehen hier unter derselben Strafdrohung.

Der § 282 wieder beschreibt die Schuld bei der mittleren Stufe: „Whoever .... willfully and wrongfully wounds or inflicts grievous bodily harm“ — „mit Willen und rechtswidrig“! Eine recht unklare Beschreibung! Warum in § 280 und in § 282 nicht Gleichmäßigkeit herrscht, ist nicht erfindlich.

Auch die fahrlässigen KV. sind nicht ausreichend geordnet. Den amerikanischen Schriftstellern ist der Begriff des assault mit Fahrlässigkeit nicht unverträglich[1]); und im Entw. scheint ja 286 unter „assault and battery“ auch Fälle fahrlässiger Begehung zu fassen (insbesondere fahrlässiges Verwunden). Einen besonderen Fall nennt der § 284 ausdrücklich: das Zielen mit Feuerwaffen auf Menschen und ähnliche gefährliche Scherze.[2])

Am rückständigsten ist in der Behandlung der Schuld bei der KV. wohl das französische Recht.[3]) Auch dieses steht völlig unter dem Banne der alten Lehre vom dolus indirectus. Das Grunddelikt bilden die „blessures, coups, violences ou voies de fait“. Diese müssen „volontairement“ zugefügt sein, und schon dafür genügt dolus eventualis (im modernen Sinne). In bezug auf die qualifizierenden Folgen (Krankheit, Arbeitsunfähigkeit, Verstümmelung, Tod) muß dolus nicht vorliegen; aber auch die culpa wird nicht ausdrücklich vom Gesetz gefordert, und wenigstens nicht mit Entschiedenheit von der Jurisprudenz. Die „KV. mit tödlichem Ausgange“ galt bis zum Ges. v. 1832 als „meurtre“[4]); wenn wir von dem zuletzt genannten Falle absehen, so ist für den französischen Gesetzgeber ein einheitliches Delikt gegeben, mag innerhalb der durch das Grunddelikt und den Erfolg gezogenen Grenzen das Verschulden des Täters wie immer beschaffen gewesen sein. So z. B. fällt unter den einheitlichen Strafsatz der réclusion (5—10 Jahre) jeder, der durch eine Gewalttat den anderen geblendet hat, ohne daß unterschieden würde, ob dieser Erfolg zufällig, fahrlässig mit dolus eventualis oder gar absichtlich herbeigeführt wurde! In trefflichen Worten äußern sich Chauveau und Hélie (N. 1325) gegen diese, eines Kulturvolkes unwürdige Erfolghaftung: „Mais .... la gravité des résultats peut être purement accidentelle. La loi, en effet, n'exige qu'une condition de

[1]) Vergl. Bishop II § 72c; Wharton § 608a.

[2]) Entnommen aus dem StrGB. v. Ohio, § 6822; vergl. dazu Wilson, Criminal code of Ohio, 3. Aufl., Cincinnati 1890.

[3]) Vergl. Chauveau u. Hélie N. 1325, 1330, 1333, 1336, 1339, 1347; Garraud N. 1575, 1579f., 1698f., 1708, 1714, 1717, 1719; Garçon zu Art. 1 N. 90ff., zu Art. 295 N. 48ff., zu Art. 309 N. 53ff. (insbes. N. 65), 94f. — Mit großer Vorsicht zu benutzen sind die historischen Angaben Raoul-Duvals. Dogmatisch gibt er sich als entschiedener Anhänger meiner Theorie. Doch muß ich auch für seine dogmatischen Ausführungen die Verantwortung ablehnen, wobei ich nicht in Abrede stellen will, daß sie vielfach gesundes juristisches Denken verraten.

[4]) Vergl. Raoul-Duval S. 94ff.; er verlangt — ohne jeden positiven Anhaltspunkt — dolus eventualis in bezug auf die tödliche Folge.

moralité, c'est que l'agent ait frappé volontairement, c'est-à-dire avec la volonté de frapper et blesser. Mais voulait-il ne donner qu'un coup lèger, voulait-il faire un mal plus grave, cherchait-il à estropier sa victime, à la mutiler? La loi n'a point demandé compte de ces nuances de la criminalité. Les résultats plus ou moins graves de coups portés servent seuls à la graduer: or, que de causes accidentelles peuvent se jeter à travers l'événement et en modifiér les résultats! . . . . N'est-il pas évident, que la loi, en faisant abstraction de ces circonstances accidentelles, substitue une justice apparente à la justice réelle et se remet au hasard du soin de mesurer le châtiment à la gravité du délit?"[1])

Der Zufall kann aber auch den Täter in der sonderbarsten Weise begünstigen; man vergleiche die vielzitierte Kass.-Entsch. v. 12. Juli 1844: „Celui, qui a porté des coups et fait des blessures à un individu qui est ensuite décédé, dans les vingt jours, des suites d'une maladie accidentelle complètement étrangère a ces coups et blessures, n'encourt point l'aggravation de peine édicté par l'article 309, alors même que, de l'avis des hommes de l'art, ces coups et blessures eussent entraîné, s'il n'y avait pas eu décès pour une autre cause, une incapacité de travail de plus de vingt jours: pour l'application de l'article 309, il faut s'arrêter uniquement au résultat effectif, sans pouvoir y substituer des calculs scientifiques plus ou moins certains."[2]) Es entscheidet also zu Gunsten wie zu Lasten des Täters der Erfolg.[3])

Bei dieser gröblichen Vernachlässigung der Hauptpunkte der Schuldlehre wirkt es eigentümlich, daß das Ges. (Art. 310, 311) besondere Strafrahmen für die Fälle der Begehung des Grunddeliktes mit Vorbedacht oder Auflauern, préméditation ou guet-apens, enthält.[4]) Die Bedeutung dieses Momentes wird weit überschätzt; so z. B. fällt eine gewöhnliche Ohrfeige ohne weitere Folgen, aber mit Vorbedacht ausgeführt, nach Art. 311 unter den Normalstrafrahmen von zwei bis fünf Jahren emprisonnement. Der Vorbedacht bewirkt, daß das Strafminimum von sechs Tagen auf zwei Jahre hinaufschnellt.

Ganz unzulänglich ist auch die Behandlung der fahrlässigen KV. im Code pénal.[5]) Nach Art. 319 werden fahrlässige KV. ohne weitere

[1]) Gemildert wird das Resultat durch das System der circonstances atténuantes, ferner dadurch, daß die französische Jurisprudenz in der Kausalitätslehre einige Beschränkungen festhält (nicht jede Bedingung gilt als Ursache; vergl. unten die Bemerkungen zum italienischen Recht), so daß die Haftung doch nicht ins Ungemessene geht. Vergl. Chauveau u. Hélie a. a. O. und 1348, 1351; Garraud 1717 a. E.; Garçon zu Art. 309 N. 97 ff.

[2]) Zit. nach d. Ausgabe des Code von Rivière, Hélie u. Pont. Vergl. oben S. 223 A. 2.

[3]) Die angeführte Kass.-Entsch. hängt auch mit dem ganz unbefriedigenden Stande der Versuchslehre zusammen; darüber s. unten.

[4]) Vergl. Art. 297 f.; Chauveau et Hélie 1352; Garraud 1730; Garçon zu Art. 309 N. 134 ff.

[5]) Vergl. Chauveau et Hélie N. 1404, 1416, 1426; Garraud V N. 1775 ff. Garçon zu Art. 319.

Unterscheidung (nach dem Grade der Fahrlässigkeit oder nach der Schwere des Erfolges) mit Geldstrafe von 16—100 Francs, oder mit emprisonnement von 6 Tagen bis zu 2 Monaten bestraft. Ohne auf den (nicht einwandsfreien) Fahrlässigkeitsbegriff des Code näher einzugehen, muß ich doch hervorheben, daß auch die französischen Juristen eine bewußte culpa kennen und zugeben, daß sie hart an den dolus eventualis angrenzt[1]); das Strafmaximum von 2 Monaten erscheint um so unverständlicher.[2])

Wichtig ist eine Entsch., welche Garçon (zu Art. 319 N. 237) mitteilt: die Bestimmung über fahrlässige KV. wurde angewendet à des parents qui, sachant leur enfant atteint d'une affection syphilitique contagieuse, l'avaient confié à une nourrice à laquelle l'enfant avait communiqué cette maladie.

Für die Fahrlässigkeit der Ärzte besteht keine besondere gesetzliche Regel.[3])

Auch das belgische Recht weist in der Behandlung der Schuld keinen Fortschritt auf[4]); Haus (principes, I N. 311ff., 329ff.) nennt eine verwirrende Fülle von Spielarten der Schuld: dolus directus, determinatus et indeterminatus, dolus indirectus seu eventualis, culpa dolo determinata. Charakteristisch ist seine Parömie: „Dolus indeterminatus determinatur eventu"; der Erfolg entscheidet. Dagegen ist die Bedeutung der préméditation im belgischen Recht verständiger eingeschätzt; das Minimum der Strafe für coups et blessures beträgt 8 Tage und steigt bei préméditation zu einem Monate emprisonnement (Art. 398).

Das italienische Recht teilt nach der Schuldseite hin die KV. in dolose, präterintenzionelle und kulpose.[5]) Über den Dolus findet sich die allgemeine Regel in Art. 45[6]), die Fahrlässigkeit ist in den Art. 371 und 375 behandelt. Als eine Art Zwischenstufe erscheint die preterintenzionalità[7]), eine der vielen Abspaltungen des alten dolus indirectus. Die Verwirrung der Begriffe war in der italienischen Doktrin besonders arg; Carrara unterschied intenzione diretta und indiretta, letztere wieder positiva oder negativa (= culpa oder casus!!); dolo determinato und indeterminato; culpa informata da dolo und endlich preterintenzionalità[8]); es ist dies die ganze Muster-

[1]) Garraud N. 1784; Garçon zu Art. 319 N. 17.

[2]) Spezialgesetze für Fahrlässigkeiten bei Dampfmaschinen und Eisenbahnen gestatten, bis zu 6 Monaten emprisonnement zu gehen; s. Garçon zu Art. 319 N. 120ff., 127ff.

[3]) Vergl. Chauveau et Hélie N. 1416ff., Garraud N. 1793, Garçon zu Art. 319 N. 189ff.

[4]) Vergl. Nypels zu Art. 398 N. 3, zu Art. 400 N. 8, zu Art. 401 N. 3, zu Art. 402 N. 4f.

[5]) Vergl. Carrara, Progr., parte spec. II 1409; Relazione Zanardelli S. 310, zu Art. 355 des Entw.

[6]) Vergl. Majno N. 2351.

[7]) Vergl. Carrara, Progr., parte gener. I § 271; Crivellari VII S. 822: „È questo (= l'omicidio preterintenzionale) un omicidio che sta tra il doloso e colposo, essendo un misto di dolo e colpa."

[8]) Carrara, Progr., parte gener. I, §§ 63ff., 70f., 83, 269ff.; parte spec. I, §§ 1094ff., II, §§ 1409ff.

karte der gemeinrechtlichen Doktrin. Der Entwurf Zanardelli wollte sich auf zwei Spezies des Dolus beschränken: „dolo determinato (omicidio volontario) e indeterminato (omicidio preterintenzionale)“[1]); die Grundlage dieser preterintenzionalità ist der alte, mißverständlich angewendete kanonische Satz: „Danti operam rei illicitae imputantur omnia, quae praeter eius intentionem eveniunt“, wie er noch in den modernsten Werken der italienischen Literatur prangt.[2]) Das bedingt eine Haftung für Zufall[3]); es fällt aber auch der fahrlässig herbeigeführte Erfolg noch in den Rahmen der preterintenzionalità, welche der Art. 374 lediglich dahin bestimmt, daß „die Handlung schwerere Folgen nach sich zieht, als beabsichtigt war“ („il fatto ecceda nelle conseguenze il fine propostosi dal colpevole“).

Die Gesetzgebung hat mit vollem Bewußtsein den Standpunkt des sardinischen Gesetzes (Art. 569), wonach die für preterintenzionalità gesetzte mildere Strafe nicht eintrat, wenn der Täter die Folgen seiner Handlung leicht hätte voraussehen können, verlassen.[4]) Hat der Täter aber diese Folge wirklich vorausgesehen, dann liegt nicht mehr preterintenzionalità sondern dolus vor.[5])

Bei preterintenzionalità werden die Strafen der KV. um ein Drittel bis zur Hälfte herabgesetzt (Art. 374); bei der Tötung mit preterintenzionalità sind besondere Strafrahmen angesetzt, die außerdem noch herabgesetzt werden, wenn der Erfolg auf der Mitwirkung von concause[6]), von Nebenursachen, beruht (Art. 368).

---

[1]) Relazione Zanardelli II S. 290.

[2]) Das Zitat ist aus Pessina, Manuale, II S. 11.

[3]) Vergl. Carrara, Progr., parte gener., I, § 270: „E tutti i criminalisti Italiani (discordando però alcuni moderni Alemanni) sono pure d'accordo nello insegnare che anche il caso possa essere politicamente imputabile, quando l'agente che per mero fortuito non prevedibile violò la legge, versava in cosa illecita.“ In der Anmerkung freilich, die erst in späteren Auflagen vorfindlich ist, erkennt Carrara an, es sei sicherlich eine Ungerechtigkeit und ein Irrtum, jemandem deshalb den Zufall zu imputieren, weil er eine unerlaubte Sache getan habe. Aber diejenigen, welche die fragliche Regel formuliert haben, hätten nicht den rein abstrakten Begriff des Zufalles vor Augen gehabt, sondern Zufall „in un senso concreto ed improprio, supponendo che potesse prevedersi i prevenirsi lo evento dallo agente che ne fu causa“. Der Widerspruch zwischen Text und Anmerkung ist unheilbar.

[4]) Zu Art. 349 des Entw. waren Amendements gestellt, welche sich an das sardinische Ges. anschlossen: proposta Ferri N. IX, proposta Della Rocca; sie wurden von den Kommissionen der camera dei deputati und des Senates abgelehnt. — Majno zu Art. 368 N. 2319 zieht daraus de lege lata den (m. E. nicht gerechtfertigten) Schluß, daß in bezug auf den nicht gewollten Erfolg culpa vorhanden sein müsse; vergl. denselben zu Art. 374 N. 2379.

[5]) Pessina, Manuale II S. 11 sagt über das omicidio preterintenzionale: „si ha la figura di un delitto minore, del quale l'omicidio è una conseguenza ma non voluta ne preveduta“. Vergl. Majno zu Art. 45 N. 171 und zu Art. 368 N. 2319.

[6]) Auf die Theorie der concause (Art. 367) kann ich hier leider nicht eingehen; nur soviel sei mir zu bemerken gestattet, daß in ihr der Gedanke des Ausschlusses der Zufallshaftung einen verkehrten Ausdruck findet; statt einfach das Schuldprinzip richtig durchzuführen, wird es durch eine Einengung des objektiven Kausalitätsbegriffes halbwegs gewahrt; „wäre der Tod nicht ohne die Mitwirkung vorher bestehender, dem Täter unbekannter Bedingungen oder später eingetretener und von

Wenn die dolosen KV. mit Vorbedacht ausgeführt werden, so erhöht sich die Strafe um ein Drittel (Art. 373, Abs. 2); das gleiche gilt, wenn das Motiv der Handlung Blutgier und Grausamkeit war (per solo impulso di brutale malvagità, ovvero con gravi sevizie).[1]

Bei der rein fahrlässigen KV. macht das Gesetz einen Unterschied zwischen den leichteren und den schwereren Fällen; bei den ersteren tritt die (geringere) Strafe nur auf Antrag ein; die Unkunde im Gewerbe oder Beruf und die Nichtbeachtung von Reglementen usw. wird als Fall der Fahrlässigkeit hervorgehoben, aber nicht als Grund strengerer Behandlung (Art. 375).

Das geltende österreichische Recht kennt KV. mit dolus directus (§ 155a, darüber unten bei der Lehre vom unvollendeten Delikt), dolus indirectus[2] (§§ 152f.) und culpa (§§ 335, 431). Die Fahrlässigkeit ist in § 335 definiert. Aus den zahlreichen Spezialfällen fahrlässiger KV. wäre folgender hervorzuheben: Wenn ein Arzt Tod oder schwere KV. des Patienten durch seine Unwissenheit (die „Unkunst" der CCC Art. 134) herbeiführt, so „ist ihm deshalb die Ausübung der Heilkunde so lange zu untersagen, bis er in einer neuen Prüfung die Nachholung der mangelnden Kenntnis dargetan hat."[3] Hat der Arzt den Kranken „zum wirklichen Nachteile seiner Gesundheit wesentlich vernachlässiget" (der „Unfleiß" der CCC), so tritt Geld- oder Arreststrafe ein (§§ 356 ff.).

Der Entwurf schließt sich darin völlig an das RStrGB. an, daß er die schweren Folgen der vorsätzlichen KV. nicht als Tatbestandsmomente,

---

seinem Handeln unabhängiger Ursachen eingetreten", so wird nach Art. 368 die Strafe herabgesetzt; nach vielen alten und neuen Kausalitätstheorien wird in solchem Falle der Kausalzusammenhang ganz geleugnet; dies lehrte schon Thomas von Aquino, der den Satz: effectus virtute praeexistit in causa auf jene Fälle beschränkte, wo der per se oder doch ut in pluribus (gemeiniglich) aus der Handlung folgte; nur in solchen Fällen sollte der Ausgang die sittliche Würdigung der Handlung beeinflussen (s. meine Schuldformen S. 159). Daß auch im italienischen Rechte die Regel über die concause nur eine Hintertür darstellt, durch welche das verleugnete Schuldprinzip wieder eingeführt wird, zeigt zum Greifen deutlich Zanardellis Bericht an den König S. 140f.; er verteidigt die Theorie der concause mit den Worten: „e sembra a me pure, che l'ammetterla sia savio, prudente e giusto, ripugnando al concetto della giustizia il rendere l'agente responsabile del caso fortuito: di conseguenze, cioè, le quali, per quanto fossero nelle sue intenzioni, eccedevano i limiti obiettivi dei quali il suo fatto, per sè stesso, era capace". Vergl. auch die Senatskommission zu Art. 368 und oben S. 265 Anm. 1 sowie unten das niederländische Recht (S. 270 Anm. 4).

[1]) Art. 373 Abs. 2 und Art. 366 N. 3; vergl. die relazione Zanardelli zu dem letzteren Art.

[2]) Der dolus indirectus des österr. Rechtes hat nur noch geschichtliches Interesse; er wurde durch Theorie und Praxis im Sinne einer Erfolghaftung umgedeutet, so daß sich der tatsächliche Rechtszustand in Österreich von dem in Deutschland herrschenden nicht wesentlich unterscheidet; ich habe darüber ausführlich in meinen Schuldformen und in einem Aufsatze in Gellers Zentralblatt f. d. jurist. Praxis 1896 N. 8 gesprochen; an dieser Stelle glaube ich diese Fragen, die nur für die österreichische Rechtsanwendung ein wesentliches Interesse haben, übergehen zu dürfen.

[3]) Ähnliche Bestimmungen enthält das Ges. für unwissende Apothekergehilfen und Baumeister (§§ 350, 383 ff.).

sondern als „Qualifikationsmomente" konstruiert.[1]) Aber er hat insofern dem Drängen der Wissenschaft nachgegeben, als er unverschuldete Folgen dem Täter nicht zur Last legt. Schon der Entw. von 1874, § 54, enthielt eine Bestimmung, die in der letzten (wenig veränderten) Fassung des Entw. von 1893, § 54 Abs. 3 lautet: „Hat eine Handlung Folgen nach sich gezogen, welche der Schuldige zur Zeit der Tat vorauszusehen nicht vermochte und welche nach der Tat abzuwenden nicht in seiner Macht lag[2]), so finden auf ihn die vom Eintritt solcher Folgen bedingten strengeren Strafbestimmungen keine Anwendung."[3]) Außerdem „ist in allen diesen Fällen ein äußerst niedriges Strafminimum zugelassen, z. B. bei schwerer KV. ein Monat Gefängnis, bei tödlicher Verletzung sechs Monate Gefängnis . . . . so daß dem Richter ein genügender Spielraum in der Strafzumessung gewährt ist, um den Mangel der Absicht den Umständen des Falles entsprechend berücksichtigen zu können". (Bemerkungen S. 68.) Das bedeutet einen großen und, wie wir sehen werden, mustergebenden Fortschritt, wenn auch noch nicht eine befriedigende Lösung der Schuldfrage.[4])

In bezug auf die fahrlässige KV. weicht der letzte Entw. in beachtenswerter Weise von dem RStrGB. ab: „Die Mehrheit des Ausschusses gibt es nicht zu, daß ein wirkliches praktisches Bedürfnis bestehe, alle, selbst die leichtesten fahrlässigen Übertretungen mit der öffentlichen Strafe zu bedrohen. Nach ihrer Ansicht dürfte es genügen, wenn, neben den zahlreichen speziellen Bestimmungen, der allgemeine Grundsatz angenommen wird, daß nur die kraft ihres Amtes, Gewerbes oder Berufes zur besonderen Aufmerksamkeit verpflichteten Personen für jede KV., alle anderen Personen dagegen nur für die etwas schwereren Verletzungen (§ 230 Ziff. 1 u. § 231) strafrechtlich verantwortlich sind. Bei leichteren Verletzungen bleibe es im letzteren Falle bei der bloß zivilrechtlichen Haftung" (§ 1325 a. BGB.) (Bericht, S. 60, Entw. § 235).

Die Bestimmung über die Rechtsfolgen der „Unkunst" des Arztes ist im Entw. (§ 33 Abs. 1) verallgemeinert: „Hat jemand bei Ausübung eines solchen Berufes (d. i. des ärztlichen, technischen oder eines anderen Berufes, welcher nur gegen Nachweis besonderer Kenntnisse oder Fertigkeiten zugänglich ist) durch eine strafbare Handlung einen derartigen Mangel an

[1]) Vergl. Bemerkungen S. 68.

[2]) Dieser Satz konstruiert eine interessante Handlungspflicht des Täters; ähnlich der russische Entw.; vergl. Geyer in der Zeitschr. f. d. ges. Strafr. IV S. 211.

[3]) Vergl. Bemerkungen S. 15, 68, 141. — Schon das dänische StrGB. v. 10. Febr. 1866 (übers. v. Bittl in der Sammlung außerdeutscher StrGB., Beilage zur Zeitschr. f. ges. Strafr. 1901) bestimmt ausdrücklich, daß die schweren Folgen der KV. nur zugerechnet werden, „wenn der Schuldige entweder einen solchen Schaden gewollt hat oder ihn doch als eine natürliche oder doch nicht unwahrscheinliche Folge seiner Tat hat voraussehen müssen". (§ 204.)

[4]) Über die Behandlung der absichtlichen schweren KV. im Entw. s. unten (unvollendetes Verbrechen).

den erforderlichen Kenntnissen oder Fertigkeiten an den Tag gelegt, daß es gefährlich erschiene, ihm die weitere Ausübung des Berufes zu gestatten, so ist ihm die Ausübung für so lange zu untersagen, bis er die Aneignung der erforderlichen Kenntnisse oder Fertigkeiten bei der zuständigen Behörde nachweist."[1]) Sehr empfehlenswert!

Auch das niederländische Recht steht noch unter der Herrschaft des dolus indirectus[2]); das dolose Grunddelikt wird qualifiziert durch die nicht gewollten Erfolge: schwere KV., Tod; so auch bei der KV., Art. 300ff. Bei der KV. ist von einem Verschulden des Täters in bezug auf diese Erfolge im Gesetze selbst nicht die Rede; aber van Hamel bemerkt wohl mit Recht, daß alle Fälle dieser Art gleichmäßig zu behandeln seien, und daß daher bei der KV. der schwere Erfolg, wenn auch nicht für den Täter, so doch im allgemeinen vorhersehbar gewesen sein müsse, wie dies bei einigen, vorher im Gesetze behandelten Fällen gefordert wird.[3]) Dazu kommt eine Kausalitätstheorie, welche die Anwendung des Gesetzes noch weiter einschränkt[4]), schließlich aber der sehr bedeutsame, von dem Minister mit Recht betonte Umstand, daß bei Eintritt schwerer Folgen nur das Strafmaximum erhöht wird, während das Strafminimum ein Tag Gefängnis bleibt. Bei aller äußerlichen Ähnlichkeit mit dem Code pénal oder dem RStrGB. liegt also ein tiefgreifender Unterschied vor: der Eintritt schwerer Folgen hat nur die Bedeutung, daß die Bewegungsfreiheit des Richters vergrößert wird; dieser erhält einen nach oben erweiterten, nach unten nicht verengerten Strafrahmen,

[1]) So schon der Entw. v. 1874 § 34; Bemerkungen S. 10, 56.

[2]) Der Bericht der 2. Kammer zu Art. 324—328 (jetzt Art. 300—303), bei Smidt II S. 452 spricht ganz ausdrücklich von dolus indirectus; treffend bemerkt van Hamel S. 284, daß die Lehre vom dolus indirectus sich geschichtlich entwickelte zu den durch den Erfolg qualifizierten Delikten. Wenn Simons I S. 147 behauptet, daß die Lehre vom dolus indirectus im niederländ. R. verworfen sei, so hält er sich an den Namen, nicht an die Sache.

[3]) Die Hauptstelle ist der Art. 157, an den sich eine hochinteressante Debatte anschloß (Smidt II S. 115, 121, 124ff.). Das Ges. bedroht Brandstiftung, Explosion und Überschwemmung strenger bei gewissen Qualifikationen, z. B. „wenn davon Lebensgefahr für einen andern zu fürchten ist, und die Handlung den Tod eines Menschen zur Folge hat". Die Commissie van Rapporteurs beantragte die Fassung: „wenn der Täter voraussehen mußte, daß . . . zu fürchten war". Treffend hob de Savornin Lohman hervor, es komme nicht darauf an, ob „man" den Erfolg bei Brandstiftung, KV. usw. voraussehen konnte, sondern ob der Täter dies konnte. „Ich gebe zu, daß, wenn man etwas voraussehen kann, der Täter es in der Regel auch voraussehen konnte, aber dies ist doch nur eine Präsumtion." Der Minister Modderman erwiderte, der Richter werde nicht ex post facto prophezeien, sondern sich auf den Zeitpunkt der Tat versetzen; es sei nicht nötig den objektiven Standpunkt zu verlassen, um so mehr, als für die seltenen Fälle, wo eine Differenz mit der subjektiven Beurteilung eintreten könne, durch die niederen Minimalstrafsätze ausreichend vorgesorgt sei. Die Meinung des Ministers drang mit 28 zu 27 Stimmen durch. Vergl. van Hamel I S. 258ff.; Simons I S. 159f. (beide Gegner dieser Bestimmungen; Simons ist mir nicht ganz verständlich); Noyon III S. 107.

[4]) S. Simons I S. 160; vergl. das französische und besonders das italienische Recht, oben S. 265 Anm. 1, S. 267 Anm. 6.

innerhalb dessen er eine dem individuellen Falle völlig angemessene Strafe ungehindert aussuchen kann.

Weitere sehr beachtenswerte Verfeinerungen ergeben sich daraus, daß sowohl die vorsätzliche Zufügung schwerer KV. (Art. 302, vergl. RStrGB. § 225) als auch der Vorbedacht berücksichtigt sind, daß ferner bei Eintritt schwerer Folgen jedesmal unterschieden wird, ob die Absicht des Täters auf leichte oder schwere KV. ging, und ob er mit Vorbedacht gehandelt hat. Dabei ist das System der Strafen einfach (was allerdings nur bei dem Prinzipe des absoluten Strafminimums erreichbar war) und auch gut durchdacht. Am besten zeigt den Fortschritt die nachfolgende Parallele. Das RStrGB. verhängt bei KV. mit tödlichem Ausgange (§§ 226, 228) drei Monate Gefängnis bis zu 15 Jahren Zuchthaus. Das niederländische Gesetz macht daraus vier Tatbestände:

1. Vorsätzliche leichte KV. mit tödlichem Ausgange, Gefängnis von 1 Tag bis zu 6 Jahren (Art. 300).

2. Dasselbe, jedoch mit Vorbedacht, Gefängnis von 1 Tag bis zu 9 Jahren (Art. 301).

3. Vorsätzliche schwere KV. mit tödlichem Ausgange, Gefängnis von 1 Tage bis zu 10 Jahren (Art. 302).

4. Dasselbe, jedoch mit Vorbedacht, Gefängnis von 1 Tage bis zu 15 Jahren.

Das Gesetz legt also dem Richter kein Hindernis in den Weg, jeden einzelnen Fall mit genauester Berücksichtigung des Schuldmomentes zu entscheiden; ein Mangel des Gesetzes ist es aber, daß es dem Richter nicht durch ausdrückliche Hervorhebung des Schuldmomentes die richtigen Bahnen weist.

Fahrlässige KV.: Diese ist nur strafbar, wenn sie eine schwere, oder eine solche KV. ist, aus welcher zeitweilige Krankheit oder Berufsunfähigkeit erfolgt (Art. 308); fahrlässiges Stoßen im Gedränge u. dergl. ist daher nicht strafbar.

Das norwegische StrGB. stellt sich in der Schuldfrage als eine Verfeinerung des niederländischen StrGB. dar; vor allem ist, nach dem Vorbilde des österreichischen und des russischen Entw. (vergl. Mot. S. 64) ausdrücklich gesagt, daß der unvorsätzliche Erfolg nur dann Strafschärfungsgrund ist, „wenn der Handelnde die Möglichkeit eines solchen Erfolges einsehen konnte, oder sofern er es unterließ, den Erfolg nach Vermögen abzuwenden, nachdem er auf die Gefahr aufmerksam geworden war“ (§ 43). Jede der drei Stufen der KV. kann mit Vorsatz begangen werden; außerdem kommen die unvorsätzlichen Folgen in Betracht, die sorgsam ausgewählt sind; die Strafen sind im Maximum besser zur fahrlässigen KV. und Tötung gestimmt; das Strafminimum wird auch hier durch den Eintritt von unvorsätzlichen Folgen nicht erhöht, sodaß z. B. bei einer vorsätzlichen leichten KV. mit tödlichem Ausgange Geldstrafe eintreten kann; dies geschieht „in Betrachtung des oft recht zufälligen Charakters des unglücklichen Erfolges“ (Mot. S. 213).

Bei Fahrlässigkeit ist nur die Zufügung mittlerer und schwerer KV. strafbar; die Strafe geht bis zu drei Jahren Gefängnis.

Auch der Schweizer Entw. ist mit ernstem Eifer an das Schuldproblem herangetreten[1]; „es ist versucht worden, den Grundsatz, daß der Täter nur für den Erfolg, den er schuldhaft verursacht hat, und im Verhältnis zu seinem Verschulden bestraft werde, auch für die KV. durchzuführen".[2] Stooß hat diesen Grundsatz in den Verhandlungen der Expertenkommission (I, S. 349 ff.) energisch verteidigt. Bei allem guten Willen kann sich aber auch dieser Entwurf innerlich nicht ganz von der schlimmen Tradition der letzten Jahrzehnte loslösen.

Jede der drei Stufen der KV. kann vorsätzlich begangen werden; die qualifizierenden Folgen (schwerere KV., Tod) werden nur zugerechnet, „wenn der Täter diesen Ausgang als möglich voraussehen konnte".[3] Es wird also tatsächlich nur gehaftet für den schuldhaft herbeigeführten Erfolg; aber der zweite Programmpunkt ist nicht ausgeführt[4]: es wird die Strafe nicht im Verhältnis zum Verschulden bestimmt. Vor allem wird, gegen das gute Beispiel der Niederlande und Norwegens, bei Eintritt schwerer voraussehbarer Folgen das Strafminimum wesentlich erhöht; dieses Minimum beträgt z. B. bei der „einfachen KV." (Art. 73) 8 Tage Gefängnis; bei Eintritt einer „schweren" Folge sechs Monate Gefängnis; bei Eintritt einer „sehr schweren Folge" ein Jahr Gefängnis; bei Eintritt des Todes ein Jahr Zuchthaus (!). Der Gesetzgeber übersieht hier, daß die Fahrlässigkeit in bezug auf den ungewollten Erfolg eine sehr geringe sein kann[5] (man denke etwa an einen „in leidenschaftlicher Aufwallung" geführten Schlag mit tödlichem Ausgang). Ganz verfehlt erscheint es, ein mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bedrohtes Delikt deshalb, weil in idealer Konkurrenz ein Fahrlässigkeitsdelikt hinzutritt, mit Zuchthausstrafe zu belegen.[6]

---

[1]) Sehr zu loben ist der Versuch, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu definieren (Art. 18). — Über die ältere Schweizer Gesetzgebung vergl. Scheitlin, Ausscheidung S. 40 ff.

[2]) Bericht S. 8.

[3]) Vergl. Art. 71 § 2; Art. 72; Art. 73 §§ 2, 3, 4. „Verursacht der Täter eine schwerere Folge, als er verursachen wollte, und konnte er diese nicht als möglich voraussehen, so wird er wegen einer KV. von der Art bestraft, wie er sie verursachen wollte". (Art. 74.)

[4]) Der Entw. v. 1903 bedeutet jedoch einen sehr großen Fortschritt gegen die früheren Entwürfe.

[5]) Das Minimum für fahrlässige „schwere" oder „sehr schwere" KV. ist Buße von drei Franken (Art. 78 § 2, Art. 36 § 1); das Minimum für fahrlässige Tötung 1 Monat Gefängnis (Art. 70).

[6]) Wie sehr dem Gesetzgeber noch gelegentlich der alte dolus indirectus im Nacken sitzt, zeigt folgender Vergleich. Die „Aussetzung" (Art. 65) verlangt, daß jemand einen Hilflosen vorsätzlich einer Gefahr für das Leben oder einer schweren Gefahr für die Gesundheit preisgibt; die Strafe bewegt sich zwischen 6 Monaten Gefängnis und fünf Jahren Zuchthaus. „Hat die Aussetzung den Tod des Hilflosen zur Folge und konnte der Täter diesen Ausgang voraussehen, so ist die Strafe Zuchthaus" (d. h. 1—15 Jahre, Art. 26). Das ist ein überkommenes Delikt und der Entw. steht noch unter dem Banne der Tradition, wenn er bei Eintritt des Todes die Strafe

Die Strafe der fahrlässigen KV. bewegt sich zwischen 3 Franken Buße und 5 Jahren Gefängnis (wenn der Täter eine besondere Pflicht seines Amtes, Berufes oder Gewerbes verletzt hat, Art. 78). „Ist die Fahrlässigkeit aus Gewinnsucht des Täters entsprungen, so ist mit der Gefängnisstrafe Buße bis zu 5000 Franken zu verbinden.“ Sehr beachtenswert!

Treffliches in der Regelung der Schuldfrage leistet auch der russische Entwurf; er gibt eine Definition der Begriffe von Vorsatz und Fahrlässigkeit, die sich an die Lehren von Tagantsew anlehnt[1]): „Die verbrecherische Handlung gilt als vorsätzlich begangen, wenn der Schuldige bei der Verübung derselben entweder deren Begehung wollte, oder den Eintritt des daraus entstandenen Erfolges zuließ. — Die verbrecherische Handlung gilt als fahrlässig begangen, wenn der Schuldige bei Verübung derselben, obwohl er den daraus entstandenen Erfolg voraussah, doch denselben abzuwenden gedachte, oder aber wenn er, obwohl er die Handlung selbst oder den daraus entstandenen Erfolg zwar nicht voraussah, dieselben doch voraussehen konnte oder sollte.“[2])

Hier wird klar unterschieden zwischen zwei Fällen des Vorsatzes: dem dolus directus, bestehend in dem Wollen des Erfolges, und dem in Rußland so genannten dolus indirectus oder eventualis, der „verbrecherischen Gleichgültigkeit“ gegen den als möglich vorhergesehenen Erfolg der Handlung. Damit will der Gesetzgeber offenbar die höhere Form der von mir so genannten „Wissentlichkeit“ treffen.[3]) Diese Klarheit der Begriffe ist besonders ersprießlich für das Gebiet der KV. Immer wieder hört man da als Argument für die Erfolghaftung, daß sich erfahrungsgemäß die Folgen eines Stiches usw. nicht überblicken und beherrschen lassen („vulnera non dantur ad mensuram“). Das ist gewiß richtig! Aber das ist eine so volkstümliche Wahrheit, daß wir ihre Kenntnis auch beim Täter voraussetzen können. In der weitaus überwiegenden Mehrzahl ist es tatsächlich so, daß der Täter zuschlägt, sticht usw., obwohl er weiß, daß seine Handlung sehr

im Minimum um mehr als 6 Monate, im Maximum um 10 Jahre hinaufschnellen läßt. Kaum wesentlich unterschieden, nur allgemeiner gefaßt, ist der Tatbestand des unten näher zu besprechenden Art. 68: „Wer einen Menschen wissentlich und gewissenlos in unmittelbare Gefahr für das Leben oder in schwere Gefahr für die Gesundheit bringt“; aber dieser Art. ist neu, der Gesetzgeber ist durch keine Tradition belastet; und nun finden wir das Grunddelikt bedroht mit Gefängnis (8 Tage bis 2 Jahre) oder Zuchthaus bis zu 3 Jahren; wird der Tod eines Menschen verursacht, so ist die Strafe Gefängnis nicht unter 1 Jahre oder Zuchthaus bis zu 5 Jahren. Hier steigert sich also das Maximum nur um 2 Jahre und im Minimum läßt der Gesetzgeber noch immer die Gefängnisstrafe zu. Das ist eine bessere Einschätzung des Erfolges, besser auch als bei der einfachen KV.

[1]) Vergl. Foinitzki in Strafges. d. Gegenwart I S. 286.

[2]) Gretener I Art. 43; vergl. hierzu die Motive bei Gretener II S. 153ff.

[3]) Ich bin mit dieser Teilung nicht ganz einverstanden; es kommt nicht darauf an, ob der Täter den Erfolg „abzuwenden gedachte“ (wie, wenn er nichts dagegen vorkehren konnte?), sondern darauf, wie groß die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes des Erfolges, m. a. W., wie groß die Gefahr war, die er durch seine Handlung wissentlich setzte.

böse Folgen haben kann; er läßt sich durch dieses Bewußtsein nicht abhalten, und darin liegt seine Schuld.

Haben wir durch richtige Formulierung des Vorsatzbegriffes dafür gesorgt, daß dieser Hauptfall der entsprechenden strengen Bestrafung unterzogen werde, dann können wir erst mit voller Ruhe jenen Ausnahmsfällen Rechnung tragen, in welchen die Folgen wider Erwarten des Täters eintreten, sei es, daß Fahrlässigkeit oder Zufall vorliegen.

Das tut nun der russische Entwurf unter deutlicher Ablehnung der alten Lehre vom versari in re illicita: „Zur Schuld wird nicht zugerechnet der Erfolg einer, wenn auch gesetzlich bei Strafe verbotenen Handlung, den der Täter nicht voraussehen oder abwenden konnte.“[1])

Der Entwurf begnügt sich aber nicht wie seine Vorbilder, das Erfordernis der Fahrlässigkeit in bezug auf den nicht vorsätzlichen Erfolg aufzustellen; er bemüht sich auch, diese Fahrlässigkeit nicht über Verdienst zu strafen; „wo die fahrlässige Tötung Folge einer verbotenen Handlung ist, kommen nach dem Systeme des Entwurfes die Grundsätze der ideellen Konkurrenz zur Anwendung“ sagen die Motive.[2]) Das ist das erlösende Wort, welches dem mittelalterlichen Spuk ein Ende zu machen bestimmt ist. Wenn A heute einen Menschen vorsätzlich leicht verletzt und denselben morgen fahrlässig tötet, so wird niemand zweifeln, daß A wegen vorsätzlicher leichter KV. in Realkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung zu verurteilen ist; unterläßt aber A das zweite Delikt, und stirbt das Opfer — wie es voraussehbar war — an den Folgen der KV., dann lassen auch neuere Gesetzgebungen die Strafe für dieses teils vorsätzliche, teils fahrlässige Delikt ins Maßlose hinaufschnellen, obwohl der Täter gewiß nicht strafbarer ist als im ersten Falle.

Eine Inkonsequenz war es, wenn der Entwurf ursprünglich gerade bei den KV. eine Ausnahme von dieser Regel Platz greifen ließ, weil bei diesen „häufig nur die allgemeine Absicht zu schaden, ohne klares Bewußtsein über die Folgen der Handlung, erweislich ist“.[3]) Das ist der alte Fehler: weil der Beweis der Schuld schwer ist, verzichtet man ganz auf das Schulderfordernis und straft selbst dort, wo der Gegenbeweis erbracht ist. Da ist es doch vernünftiger, den Schuldbeweis nicht unnötig schwer zu nehmen, ihn nach den Erfahrungen des täglichen Lebens aus Indizien zu ziehen, dafür aber Gegenargumenten zugänglich zu bleiben. Ein Nachweis, daß der Täter sich, bevor er zustach, alle möglichen Folgen des Stiches in klarer Detaillierung vorgerechnet habe, ist gewiß nicht erforderlich, um ihn wegen Vorsatz zu strafen. Wenn aber aus einer Ohrfeige oder einem Stockstreich durch eine unglückliche

[1]) Gretener I Art. 39; II S. 142. Als Muster könnte der österreichische Entw. gedient haben.

[2]) Gretener III S. 7f. Über die Vorläufer dieses Gedankens in der deutschen Theorie und Gesetzgebung s. unten (Vorschläge).

[3]) Gretener II S. 8, 9, 11, 12.

Verkettung von Umständen eine schwere KV. oder der Tod erfolgte, dann müssen wir dem Täter wohl glauben, daß er sich diesen Erfolg weder klar, noch unklar vorgestellt habe, und falls wir dann doch bei ihm Fahrlässigkeit annehmen, so dürfen wir ihn nicht deshalb weit über das verdiente Maß strafen, weil wir anderen Schuldigen das klare Bewußtsein über die Folgen der Handlung nicht nachweisen können.

Eine stärkere Berücksichtigung des subjektiven Momentes wurde von zuständiger Seite in Aussicht gestellt[1]); in der Tat sind im revidierten Entwurfe die Strafpositionen besser zu dem Prinzipe der Idealkonkurrenz gestimmt.[2])

---

[1]) Foinitzki im Jahrb. der internat. Vereinigung f. vergleichende Rechtswissenschaft u. Volkswirtschaftslehre I S. 596f.

[2]) In der Zeitschr. f. ges. Strafr., Bd. 24 (1904), S. 566ff. erhebt Margolin gegen das neue russische StrGB. den Vorwurf, daß es sich von der Erfolghaftung im allgemeinen und insbesondere in der Lehre von der KV. nicht losgemacht habe; er tritt (S. 567) für den Gedanken der Idealkonkurrenz ein, ohne anzugeben, daß dieser Gedanke in den Motiven ausgesprochen wird; es ist denn doch nicht glaublich, daß das Gesetz die Prinzipien des Entw. ganz verleugnet habe, und daß jener Gegensatz zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Teile desselben bestehe, den der Autor (S. 584 Anm. 9) behauptet. Vergl. aber auch Miřička S. 207f.

4. Die unvollendete Körperverletzung. (Versuch und Gefährdung.)

A. Das deutsche Recht.

Literatur: Bernau, Der Begriff des gefährlichen Werkzeuges im § 223a StrGB. („Strafrechtliche Abhandlungen" Heft 2), Breslau 1897; v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts, 1894 S. 220 ff. „Zu den §§ 223 a, 201 ff. des StrGB." (= Gerichtssaal 34 [1883] S. 343 ff.); v. Kries, August, Über den Begriff der Waffe und des gefährlichen Werkzeuges, Goltdammers Archiv 25 (1877) S. 22 ff.

Das geltende Recht hat noch keine Klarheit darüber gewonnen, daß jene Fälle einheitliche Struktur aufweisen, in welchen der Täter zwar bereits schuldhaft gehandelt hat, der schädliche Erfolg aber nicht eingetreten, das Verbrechen nicht vollendet ist. Es behandelt diese Fälle unter den historisch überkommenen Kategorien des Versuches, der vorsätzlichen und der fahrlässigen Gefährdung, wobei die Gefährdungen zumeist in systemloser Kasuistik erscheinen. Wir müssen uns zunächst an die Kategorien des RStrGB. halten.

1. Der Versuch.

Der Versuch setzt nach § 43 RStrGB. den „Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben" voraus; er liegt vor, „wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist"; nach der geschichtlichen Entstehung des Versuchsbegriffes aus dem römischen Rechte, welches keinen dolus eventualis kannte, ist es evident, daß hier wirklich „Absicht" im engeren Sinne, dolus directus, ein Wollen des Erfolges vorausgesetzt wird, und daß dolus eventualis nicht genügt. Daraus ergibt sich, daß ein Versuch der beabsichtigten schweren KV. (§ 225) möglich ist, nicht aber ein Versuch der KV. mit schwerem Ausgange des § 224, welche höchstens dolus eventualis zuläßt[1]), und ebenso wenig ein Versuch der KV. mit tödlichem Ausgange.

[1]) Daß der § 43 RStrGB. „Absicht" im engeren Sinne fordert, lehren u. a. v. Wächter, Vorlesungen S. 209; v. Bar, Zeitschr. f. ges. Strafr. Bd. 18 S. 534 ff., bes. S. 541; Frank zu § 43 N. I 1; vergl. Stooß, Bericht über den Vorentwurf z. einem schweiz. StrGB., 1901 S. 7 f.; Foinitzki in Strafges. d. Gegenwart I S. 286. Dagegen die herrschende Lehre: RG. (II u. III) v. 15. u. 22. Dez. 84, E. 12, 64; Olshausen zu § 43 N. 5; v. Liszt S. 201 Anm. 2 u. a. m. Höchst sonderbarer Weise aber sind fast alle diese Gegner bei der KV. anderer Ansicht, nämlich der, daß nur die absichtliche KV. des § 225 Versuch zulasse; so RG. (Ferialsenat) v. 11. Aug. 83,

Der Versuch der leichten und der gefährlichen KV. (§§ 223, 223a) ist, wohl im Anschlusse an das französische Recht, nicht für strafbar erklärt (§ 43 Abs. 2). Das wurde mit Recht oft getadelt; wer mit einem Knüttel gegen mich schlägt und mich nicht trifft, ist straflos; tut er dasselbe gegen meinen Hund oder meinen Blumentopf, dann ist er strafbar (§ 303 Abs. 2).[1]) Nur werfen darf er den Knüttel nicht gegen Menschen, denn das ist ein delictum sui generis, eine Übertretung, die, damit der Gegensatz voll werde, von Amts wegen verfolgt wird.[2])

2. Die vorsätzliche Gefährdung.

Das Gesetz statuiert eine Reihe von vorsätzlichen Gefährdungsverbrechen in durchaus kasuistischer Weise, sei es, daß einzelne Personen gefährdet werden, sei es, daß Gemeingefahr entsteht. Diese Aufzählungen erinnern lebhaft an die Kasuistik der Volksrechte: so wenig als diese vermag das RStrGB. den allgemeinen Gedanken, welcher den einzelnen Fällen zu Grunde liegt, zu formulieren. Die Theorie hat dann zu diesen Fällen einen, dem gemeinen Verstande schwer zugänglichen besonderen „Gefährdungsvorsatz“ gefunden.

Greifen wir eine solche Gefährdung heraus, die uns hier besonders nahe liegt, die „KV. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“ des § 223a. A hat den B im Zorne aus einem Fenster des zweiten Stock-

---

E. 9, 67; vergl. (III) v. 4. Juni 01, Goltd. Arch. 39, 224; Olshausen zu § 224 N. 13, zu § 225 N. 3; v. Liszt S. 319 usw. Es scheint, daß bei der Statuierung des § 225 (ebenso wie in Österreich, s. unten) die Absicht mit im Spiele war, die Fälle, wo ein Versuch der schweren KV. denkbar ist, abzugrenzen; vergl. Berner S. 534; Hälschner, Preuß. Strafr. II 153f. (sehr instruktiv!) u. Gem. deutsch. Strafr. II 102; v. Schwarze in allg. Ger.-Ztg. f. d. Königr. Sachsen 10 S. 76f. — Binding gelangt in Verfolgung jenes einsamen Weges, der oben S. 255 Anm. 2 gekennzeichnet wurde, zu dem Resultate, daß es einen Versuch der schweren KV. überhaupt nicht gebe (Normen II S. 422, Lehrb. I S. 52); mit dieser Ansicht steht er ganz allein (dagegen die zuletzt angeführten Reichsgerichtsentscheidungen). Wenn Binding für sich den Wortlaut des § 225 anführt: „War eine der vorbezeichneten Folgen beabsichtigt und eingetreten . . .“, so ist zu erwidern, daß alle besonderen Tatbestände des RStrGB. das vollendete Delikt geben. —

Eine der spitzigsten Fragen ist es, was eigentlich gegeben ist, wenn aus dem Versuche einer leichten KV. eine schwere KV. oder der Tod entsteht. Da diese Frage in der künftigen Gesetzgebung hoffentlich gar nicht möglich sein wird (weil die durch den Erfolg qualifizierten Delikte verschwinden werden), so begnüge ich mich mit einem Hinweis auf die Literatur, und zwar Thomsen, Versuch, und die bei v. Liszt S. 205 Anm. 8 Angeführten.

[1]) Vergl. Binding, Lehrb. I S. 53f. — Wir werden sehen, daß das RStrGB. überhaupt das Eigentum energischer beschützt als die körperliche Integrität.

[2]) Nach § 366 macht sich einer Übertretung schuldig, 6. wer Hunde auf Menschen hetzt; 7. wer Steine oder andere harte Körper auf Menschen . . . wirft. Diese Übertretungen bilden zugleich „eine Surrogatstrafe für den Versuch der KV.“ Binding, Lehrb. I S. 79; Hälschner II 89 Anm. 3; RG. (I) v. 31. Jan. 81, R. 2, 773. Ob man, wenn A auf mich schießt und nicht trifft, das noch als „Werfen eines harten Gegenstandes“ bezeichnen könnte? Dann könnte A doch noch mit Geldstrafe bis zu 60 M. oder mit Haft bis zu 14 Tagen bestraft werden. Wenn nicht, dann ist er straflos, falls er nicht die Absicht gehabt hat, mich eines wichtigen Gliedes des Körpers zu berauben etc. — Vergl. auch § 367 Nr. 10 RStrGB.

werkes auf die gepflasterte Straße geworfen; B hat sich arg beschädigt, sein Leben hing an einem Faden, er ist aber wiederhergestellt worden, ohne die Folgen des § 224.[1]) Nehmen wir an, B wäre seinen Verletzungen erlegen: kein deutscher Richter würde zögern, hier eine Tötung mit dolus eventualis anzunehmen! Wenn nun B nicht stirbt, war der dolus des A deshalb ein anderer? Man nehme welches vorsätzliche Gefährdungsdelikt immer, und man wird das gleiche Resultat bekommen; der Gefährdungsvorsatz ist nichts als der dolus eventualis, genauer gesprochen die Wissentlichkeit, und nicht etwa ein besonderes Gebilde. Die vorsätzlichen Gefährdungsverbrechen sind nichts als unvollendete Verletzungsverbrechen mit sog. dolus eventualis.[2]) Jetzt wird es auf einmal klar, warum es keinen Versuch mit dolus eventualis gibt: weil das Gesetz ihn als Gefährdung konstruiert hat.[3])

Diese Konstruktion ist gar nicht übel; sie wird dem Wesen der Wissentlichkeit ganz gerecht: der Täter weiß, daß aus seiner Handlung Gefahr, d. h. die nahe Möglichkeit einer Verletzung, für das geschützte Rechtsgut entsteht, und handelt trotzdem. Das Üble an der Sache ist der Mangel einer allgemeinen und grundsätzlichen Regelung.

Zu den mißlungensten Einzelbestimmungen gehört der dem RStrGB. durch die Novelle v. 1876 eingefügte § 223a, die sog. gefährliche Körperverletzung.

„Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges, oder mittels eines hinterlistigen Überfalles, oder von mehreren gemeinschaftlich, oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter zwei Monaten ein" — und zwar ohne Antragserfordernis.

Das neue Gesetz entsprang der Erkenntnis „daß die Strafbestimmungen des § 223 für manche Fälle brutaler und lebensgefährlicher Angriffe und Verletzungen der erforderlichen Energie entbehrten, andererseits, daß durch die Bestimmungen wegen des Strafantragserfordernisses die Strafjustiz allzusehr gehemmt wurde".[4]) Statt nun den begangenen Fehler einzugestehen und zu der Mittelklasse der erheblichen KV. zurückzukehren, was

---

[1]) Der Fall ist nicht erfunden, sondern in Wien vor einem Senate, dem ich angehörte, zur Aburteilung gekommen. Mordversuch wurde nicht angenommen, da die Tötungsabsicht nicht erweislich war.

[2]) Diesen in meinen Schuldformen bereits gelegentlich ausgesprochenen Satz (vergl. S. 272f.) hat nunmehr Miřička S. 77ff., 185ff. ausführlich begründet; ich bin mit dem dort Gesagten in den entscheidenden Punkten völlig einverstanden; auch Busch, Gefahr, der sonst gerne im Fahrwasser Bindings segelt, hat den „bloßen Gefährdungswillen" preisgeben müssen (s. S. 46).

[3]) Ich wäre dankbar, wenn mir ein Anhänger des Versuches mit dolus eventualis klar machen würde, wodurch sich ein derartiger Tötungsversuch von der „KV. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung" eigentlich unterscheidet, oder von einer „Aussetzung" (§ 221) usw. Vergl. unten die Ausführungen über das österreichische Recht.

[4]) Motive, in den Drucksachen 1875/76 N. 54 S. 48; vergl. die Darstellung der Vorgeschichte bei Bernau S. 2ff.

das beste gewesen wäre[1]), schuf man eine zweite Klasse von KV., welche nicht durch die Folgen, sondern durch die Begehungsart charakterisiert sein sollten, und zwar unter dem schon im Kommissionsberichte des Reichstags gewählten Namen der „gefährlichen KV.“[2]), der aber nicht ins Gesetz aufgenommen wurde.

Ein Grundfehler des Gesetzes ist, daß es den wirklichen Eintritt einer, wenn auch noch so geringen, KV. voraussetzt.[3]) Hat der gegen mich abgefeuerte Schuß meine Haut geritzt, dann kann der Täter 5 Jahre Gefängnis bekommen, wenn die Kugel einen Millimeter weiter von mir ihre Bahn nimmt, dann bleibt der Täter straflos.[4]) Die gefährdende Handlung, offenbar das für den Gesetzgeber an dem Falle Wichtigste, führt keine selbständige Existenz, sie ist nicht als besonderes Delikt konstruiert, sondern als Qualifikationsmoment der leichten KV., des an sich ganz Unwichtigen.

Was die einzelnen Typen der gefährlichen KV. betrifft, welche der Gesetzgeber aufstellt, so haben sie den von uns bereits besprochenen[5]) Fehler jeglicher Kasuistik: die Auslegung ist genötigt, den größten Scharfsinn zu verschwenden, um die begrifflichen Grenzen der einzelnen Fälle abzustecken, während sie bei allgemeiner Fassung des Gesetzes mit vielem Nutzen seinen Grundgedanken entwickeln könnte.[6]) Es werden zunächst die gründlichsten Untersuchungen über den Begriff der „Waffe“ und des „gefährlichen Werkzeuges“ und ihr gegenseitiges Verhältnis angestellt. Eine unbewegliche Sache ist weder Waffe noch Werkzeug. Daher wurde es nicht unter § 223 a subsumiert, als eine entmenschte Frau ihre fünfjährige Stieftochter „mit dem bloßen Hintern auf den in der Stube befindlichen erhitzten Kochherd setzte“; denn der war unbeweglich. Hätte die Frau das Kind auf ein heißes Plätteisen gesetzt, dann wäre es anders gewesen; denn dieses ist beweglich, und rechtlich macht es keinen Unterschied, ob das Werkzeug gegen den Menschen oder der Mensch gegen das Werkzeug bewegt wird.[7])

Das Gegenstück: ein Artistenkind wurde mit einem 1 cm starken, 3/4 m langen Rohrstock geschlagen; niemand bezweifelte, daß dies ein „gefährliches Werkzeug“ sei.[8])

[1]) Vergl. v. Buri, Beiträge S. 222.

[2]) Vergl. die Rede des Berichterstatters v. Schwarze, Stenogr. Ber. 1875/76 S. 802 und dessen Kommentar N. 1.

[3]) Vergl. v. Buri, Beiträge S. 226.

[4]) Vergl. oben S. 277 Anm. 2.

[5]) Vergl. oben S. 260.

[6]) Die Zwecke dieser Arbeit erfordern nicht eine vollständige Auseinandersetzung mit der Literatur und der Praxis; es sei dafür auf die gangbaren Lehrbücher und Kommentare verwiesen, insbesondere auf Olshausen zu § 223 a.

[7]) RG. (I) v. 2. Nov. 93, E. 24, 373. Diese Ansicht ist auch in der Literatur herrschend. Noch tiefsinniger ist Bernau, der aus dem Begriffe des Werkzeuges deduziert, es müsse der menschlichen Hand zur mechanischen Einwirkung auf den Körper eines anderen dienen können, die Hand müsse es ganz umfassen und bewegen können usw. (S. 11ff., 33; so schon Geyer bei Holtz. Hdb. IV S. 372; Hälschner II S. 95). Danach würde der Automobilist, der jemanden absichtlich anfährt, nicht mit gefährlichem Werkzeug verletzen.

[8]) RG. (IV) v. 2. Jan. 1900, E. 33, 32; vergl. auch (II) v. 13. Mai 98, E. 31, 150.

Im Anschlusse an den Kommissionsbericht[1]) hält die Praxis daran fest, daß unter Waffe „jeder Gegenstand begriffen ist, mittels dessen durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines anderen eine Verletzung desselben herbeigeführt werden kann"; wenn A seinen bissigen Hund auf B hetzt, so ist das keine mechanische Einwirkung, fällt also nicht unter diese Stelle[2]); ebenso wurde nicht unter § 223a subsumiert die Tat eines Mannes, der einem Mädchen den Inhalt einer Vitriolflasche ins Gesicht goß, obwohl das bekanntlich eine der gefährlichsten KV. ist; denn die Schwefelsäure wirkt nicht mechanisch, sondern chemisch.[3])

Wie ist es, wenn das gefährliche Werkzeug in ungefährlicher Art gebraucht wird? Ich stoße jemanden mit dem Säbelkorb zur Seite, oder ich versetze ihm einen leichten Schlag mit dem Stiele eines Hammers. Man sollte nicht glauben, daß da ein Zweifel möglich ist. Das Reichsgericht schwankt; eine Entscheidung sagt, das Werkzeug müsse „nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach seiner Benutzung gefährlich sein"[4]); eine andere sagt das gerade Gegenteil: „der gefährliche Charakter eines Werkzeugs muß objektiv festgestellt werden. Es kommt für den Tatbestand nur darauf an, ob der zur Tat benutzte bewegliche Gegenstand an sich der Art ist, daß mittels desselben eine die Gesundheit und die Gliedmaßen des Verletzten gefährdende Mißhandlung bezw. KV. begangen werden kann, nicht darauf, ob der Täter sich im einzelnen Falle des Werkzeugs mit größerer oder geringerer Kraftanstrengung, zum Schlagen oder zum Stoßen bedient hat."[5]) Danach hatte eigentlich jener Staatsanwalt nicht so unrecht, der es als gefährliche KV. mit Waffengebrauch ansah, wenn jemand seiner Geliebten mit einer Schere eine Locke abschnitt[6]); ein ordentlicher Staatsbürger reißt die Locke mit der Hand aus; dann fällt seine Handlung höchstens unter § 223, der Staatsanwalt kann nicht von Amts wegen verfolgen, und das Fräulein wird hoffentlich, wenn man ihr die Rechtslage erklärt, einsehen, daß der Mann nicht anders konnte, und auf den Strafantrag verzichten.

Muß der Täter wissen, daß er ein gefährliches Werkzeug verwendet? Das Reichsgericht meint: nein![7])

[1]) Stenogr. Ber. 1875/76 S. 802f.

[2]) RG. (II) v. 1. Juni 83, E. 8, 315 (welche Entsch. sonderbarerweise Idealkonkurrenz des Gefährdungsdeliktes aus § 366 N. 6 mit dem Verletzungsdelikte des § 223 annimmt). In RG. (I) v. 6. Dez. 86, R. 8, 724 wurde das Anhetzen einer großen Ulmer Dogge als „lebensgefährliche Behandlung" angesehen.

[3]) RG. (II) v. 31. März 82, R. 4, 298. Herrschende Ansicht!

[4]) RG. (II) v. 8. Juli 81, E. 4, 397. — Sehr vorsichtig sagt § 155a des österr. StrGB.: „mit einem solchen Werkzeug und auf solche Art, womit gemeiniglich Lebensgefahr verbunden ist".

[5]) RG. (II) v. 12. Nov. 80, R. 2, 496.

[6]) Vergl. Entsch. d. RG. 29 S. 60. Wenn das Haarschneiden KV. ist (vergl. oben S. 217), dann gilt das gleiche für jeden Friseur. Vergl. Geyer in Holtz. Hdb. IV S. 373.

[7]) RG. (III) v. 29. Sept. 80, E. 2, 278; der Täter muß nur „diejenigen Eigenschaften des Gegenstandes gekannt haben, welche das Gericht zu der Annahme führen, daß der betreffende Gegenstand ein gefährliches Werkzeug ist". Diese Frage wird beim nächsten Punkte eingehend erörtert werden.

Es ist nach diesen Proben nicht zu verwundern, wenn v. Buri seinen Ausführungen über den § 223a den konsequent durchgeführten Gedanken zu Grunde legt, daß das Gesetz in den von ihm aufgezählten Fällen die Gefahr und das Wissen der Gefahr fingiere, wie ja auch die Erfolghaftung bei der KV. (§§ 224, 226) auf einer Fiktion beruhe. Diese Behauptung, welche zugleich die schärfste Verurteilung des Gesetzes enthält, ist jedoch wohl eine Übertreibung, eine Karikatur. Das Richtige daran, und insbesondere das Richtige an dem Vergleiche mit den Fällen der Erfolghaftung ist folgendes: der Gesetzgeber hat hier wie dort, unfähig, seinen Gedanken zu klarem, abstraktem Ausdruck zu bringen, Kasuistik getrieben, Typen von Tatbeständen aufgestellt, die den Fehler haben, daß sie die Absicht des Gesetzgebers nicht decken.[1]) Das ist aber sicherlich dem Gesetzgeber wider Willen zugestoßen, und es kann von einer Fiktion, die immer ein intendierter Akt ist, keine Rede sein. Darum wäre eine Interpretation vorzuziehen gewesen, welche den Fehler des Ausdruckes, statt ihn behaglich zu den äußersten Konsequenzen zu treiben, nach Möglichkeit aus der Absicht des Gesetzes korrigiert hätte.[2])

Das Gesetz sagt: „Gefährliches Werkzeug“, es sagt aber nicht, welcher Schade aus dem Gebrauche des Werkzeuges drohen muß: Verlust des Lebens oder schwere KV., oder was sonst. Die Praxis hat sich dafür entschieden, daß die Gefahr einer „erheblichen“ KV. gemeint sei[3]); so daß derjenige, der eine erhebliche KV. absichtlich wirklich zufügt, sei es mit bloßen Fäusten, sei es, indem er des Gegners Kopf gegen einen Felsen schmettert, nach § 223 haftet[4]); wer aber mit einem Stocke schlägt und nur einen leichten und vorübergehenden Schmerz verursacht, wegen der damit verbundenen Gefahr einer erheblichen KV. nach dem strengeren § 223a!

Weit entsprechender ist die Fassung des sich gedanklich anschließenden Falles der KV. „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“. Vor allem gibt hier der Gesetzgeber an, was für Gefahr er meint: Lebensgefahr. Sodann aber formuliert er einen allgemeinen Gedanken, statt zu exemplifizieren. Freilich ist dieser Gedanke von der Praxis nicht verstanden worden, und daran ist wieder der Gesetzgeber mitschuldig, der vorher durch seine starre Aufzählung Verwirrung gestiftet hat.

---

[1]) Vergl. meine Schuldformen I S. 281; Beling in Zeitschr. f. ges. Strafr. 18 S. 287 f.

[2]) Sehr treffend charakterisiert Binding, Lehrb. I S. 48 Anm. 1 den in der Theorie und besonders in der Praxis vorherrschenden Zug: „Bei der Besprechung der ‚gefährlichen Werkzeuge‘ wird so leicht verkannt, daß es sich nicht um das logische Kunststück einer Definition, sondern allein darum handelt, ob eine bestimmte KV. als mit gefährlichem Werkzeug verübt anzusehen ist. Nicht das Werkzeug als Artikel in einem Wörterbuch, sondern als konkretes Mittel zu einer Gesundheitsbeschädigung kommt in Betracht.“ Warum ist ihm aber dann die heiße Herdplatte kein „konkretes Mittel“ zu einer gefährlichen KV.?

[3]) RG. (III) v. 10. März 80, R. 1 442; (II) v. 8. Juli 81, E. 4, 397; vergl. v. Buri, Beiträge S. 223; v. Kries bei Goltd. Arch. 25 S. 42 f.; so die herrschende Meinung.

[4]) Es wäre denn die Behandlung eine lebensgefährliche.

Das Gesetz legt in § 223a nicht auf die Folgen, sondern auf die Handlung des Täters das Gewicht, hier auf die „Behandlung", die er dem Verletzten zuteil werden ließ; jene Behandlung muß lebensgefährlich gewesen sein, nicht ihr Effekt; oder mit anderen Worten: die „nachträgliche Prognose": „es war Lebensgefahr vorhanden!" muß gestellt werden für den Zeitpunkt der Handlung, nicht für einen späteren (etwa für den der gerichtsärztlichen Untersuchung des Verletzten). Daß diese Gefahr nicht eine „abstrakte", sondern eine in den Umständen des konkreten Falles begründete sein muß, sollte nicht bestritten sein.[1])

Wenn in dem Tatbestande eines vorsätzlichen Deliktes ein bestimmt geeigenschaftetes Handeln des Täters vorkommt, so sollte man meinen, daß der Vorsatz auch diese Eigenschaft der Handlung mitumfassen muß. Das Reichsgericht ist anderer Meinung und hat auch hier eine Art Erfolghaftung durchgeführt, indem es zunächst erklärte, es komme nur auf die objektive Gefährlichkeit der Handlung, nicht darauf an, ob der Täter diese kannte; später hat es einen verschämten Rückzug zu einer noch unhaltbareren Position angetreten.[2]) Der Normalfall ist aber natürlich auch nach der Meinung des Reichsgerichtes der der bewußten Gefährdung des Lebens.

[1]) Richtig in beiden Punkten das RG. (III) v. 14. Juni 82, E. 6, 396; (I) v. 19. Jan. 84, E. 10, 1; (I) v. 14. Febr. 84, E. 10, 101; (II) v. 8. April 84, R. 6, 282; (I) v. 6. Dez. 86, R. 8, 724; (IV) v. 23. Sept. 87, R. 9, 464. So auch die herrschende Meinung; einzelne Unklarheiten erledigen sich durch die oben gewählte richtige Formulierung. Vergl. auch das österreichische StrGB. § 155 lit. a und e. — v. Buri, Beiträge S. 229 treibt die Konsequenz soweit, auch hier „lediglich die mittels Abstraktion fingierte Gefahr" in Frage zu stellen. Andere sprechen von abstrakter Gefahr und meinen die konkrete Gefahr zur Zeit der Handlung.

[2]) Im Falle RG. (I) v. 14. Juni 80, E. 2, 106 hatte die Unterinstanz trefflich ausgeführt: der Gesetzgeber habe nur diejenigen Fälle treffen wollen, wo die Gefährdung des Lebens in der Art und Weise der Mißhandlung, in der „Behandlung" zu erblicken sei, welche der Täter dem Verletzten habe angedeihen lassen. Aus dieser, als solcher, müsse eine Gleichgültigkeit gegen das Leben, eine Mißachtung desselben hervorgehen. Die Absicht des Gesetzes sei gewesen: diejenigen Fälle mit geeigneter höherer Strafe zu ahnden, wo . . . von dem Täter in frevelhafter Weise mit dem Leben des Verletzten gespielt worden sei". Das Reichsgericht erklärt dies für rechtsirrtümlich; es komme nur auf die objektive Gefährlichkeit der Begehungsart an; darin, nicht in einer gegenüber § 223 weitergehenden Willensbestimmung des Täters, liege das erschwerende Moment; dies erhelle mit Klarheit aus dem Wortlaute und der Entstehungsgeschichte des § 223a — was nicht mit einem Worte weiter ausgeführt wird. Die nächste Entscheidung (III) v. 29. Sept. 80, E. 2, 278 versucht eine Begründung: „die gegenteilige Annahme würde, da es sich um die Beurteilung der Wirksamkeit der Mißhandlung in einer gewissen Richtung handelt, . . . nicht im Einklang stehen mit der Behandlung, welche die Materie der KV. in dem Gesetzbuch insofern erfahren hat, als der Eintritt der in §§ 224 und 226 angedrohten schweren Strafen ausschließlich von den eingetretenen Folgen abhängig ist". Also wirklich die Analogie mit der Erfolghaftung, wie sie auch v. Buri, Beiträge S. 227 zieht. In der Sache gleich RG. (I) v. 14. Febr. 84, E. 10, 100 und (I) v. 6. Dez. 86, R. 8, 724. Die letzte Entsch. stellt bereits richtig, daß „nicht die tatsächlich eingetretenen Folgen der begangenen Tat, sondern die Art der Begehung der Tat, die ‚Behandlung' maßgebend ist". Darauf stützt sich dann RG. (III) v. 12. März 88, E. 17, 279, eine Entscheidung, die alle früheren formell aufrecht erhält, aber im Wesen aufgibt und in ihrer Begründung bekämpft. Das Reichsgericht wirft der ersten Instanz vor: sie lasse „ganz

Zwischen diese beiden Fälle der wenigstens typisch gefährlichen Tat schiebt nun das Gesetz in höchst unlogischer Weise zwei Fälle ein, die auch bei ungefährer Betrachtung nicht als Typen gefährlicher Tat in dem gleichen Sinne gelten können: die „mittels eines hinterlistigen Überfalles" und die „von mehreren gemeinschaftlich" begangene KV. Wenn jemand noch so hinterlistig, z. B. mit nächtlichem Auflauern, einem anderen einen Rippenstoß oder eine Ohrfeige versetzt, so ist dadurch die Gefahr, daß eine erheblichere KV. eintreten werde, nicht um das geringste gesteigert; ebensowenig hat das Zusammenwirken mehrerer an sich eine größere Gefahr zur Folge.[1]) Die Verteidigung des Angegriffenen ist in beiden Fällen er-

außer Betracht das subjektive Moment des vorsätzlichen Handelns, welches auch für die Annahme des hier fraglichen Erschwerungsgrundes die notwendige Voraussetzung bildet". Das Wort „Behandlung" bringe „die äußerlich erkennbar gewordene Willensbetätigung" zum Ausdrucke. Aus den Motiven der Novelle ergebe sich, daß „nicht an die Folgen der Mißhandlung angeknüpft, sondern das Mittel, dessen sich der Täter bedient, als das erschwerende Moment hingestellt werden sollte, um der Roheit und Rücksichtslosigkeit bei Verübung von KV. entgegenzutreten. Im Anschlusse an E. 2, 278 wird dann gesagt, es werde „zu einer Verurteilung nur dann zu gelangen sein, wenn nachgewiesen ist, daß die Umstände und Veranstaltungen, in denen das Instanzgericht objektiv eine das Leben gefährdende Behandlung erkannt hat, im Willen des Täters gelegen waren, daß er, vorsätzlich handelnd, dieser Umstände und Veranstaltungen sich bediente, damit dieselben bei Zufügung der KV. mitwirkend würden. Im vorliegenden Falle hätte also das Instanzgericht zur Unterlage seiner Verurteilung aus § 223a des StrGB. die Feststellung machen müssen, daß der Angeklagte bei dem Niederstoßen der B. entweder die in dem Urteile objektiv als lebensgefährlich bezeichnete Berührung des menschlichen Körpers mit dem treibenden Zeuge der im Gange befindlichen Maschine beabsichtigt, oder doch, diesen Erfolg als möglich voraussehend, ihn also mit in seinen Willen aufnehmend, gleichwohl seine Handlung des Niederstoßens vorsätzlich vorgenommen habe." Nur daß das Hineinstoßen in ein Transmissionswerk lebensgefährlich ist, braucht der Täter nicht zu wissen. Der Grund dieser überfeinen Unterscheidung ist nicht erfindlich. Sollte es wirklich einmal vorkommen, daß der Täter die „Umstände und Veranstaltungen", unter denen er seinem Gegner einen Stoß versetzt, kennt, aber nicht weiß, daß sie eine Gefahr bedingen: welchen Schluß können wir dann auf seine „Roheit und Rücksichtslosigkeit" ziehen! Das vorbehaltlose Aufgeben der verfehlten Vorentscheidungen wäre rühmlicher gewesen! — Richtig entscheiden die Frage v. Liszt S. 317; Merkel S. 298; Olshausen N. 12b (mit guter Begründung: „Hält man jedoch den § 59 nicht überhaupt für ausgeschlossen, so erfordert die Konsequenz, das Bewußtsein auch der Gefährlichkeit des Werkzeugs etc. zu verlangen, weil die ‚Gefährlichkeit' ein ‚Tatumstand' im Sinne des § 59 ist, es somit keineswegs nur um ein ‚Urteil über die rechtliche Qualifikation eines Tatumstandes' sich handelt."); Binding, Lehrb. I S. 48; Frank N. II 4 (allerdings in sonderbarem Widerspruch zu II 1, wo er Kenntnis der Gefährlichkeit des Werkzeuges nicht verlangt) u. a. m.

[1]) A hat von X einen Schlag erhalten; er verbindet sich mit B, C und D, um dem X diesen Schlag zurückzugeben. Das sichert die Durchführung seines Vorhabens; aber der Schlag wird nicht gefährlicher, wenn während desselben X von B, C und D festgehalten wird. (Man darf natürlich nicht an Fälle denken, wo sich die gemeinschaftliche Ausführung mit einer gefährlichen Ausführung kombiniert; s. unten). Hälschner II S. 97 meint, die gemeinschaftliche Handlung der mehreren sei „nicht hierher zu rechnen, wenn im konkreten Falle nicht ein die besondere Gefährlichkeit des Angriffes bedingendes Zusammenwirken der mehreren stattfand". Dagegen mit Recht Olshausen N. 8 a. E. Es kommt dem Gesetzgeber hier auf die objektive Gefährlichkeit gar nicht an.

schwert; und damit ist das in jeder KV. vorhandene Element der Nötigung stärker betont. Die Täter sind gefährlicher für die Rechtsordnung, aber nicht wegen der größeren objektiven Gefährlichkeit ihrer Tat[1]), sondern aus rein subjektiven Gründen, wegen der Feigheit und Niedertracht ihrer Gesinnung.[2]) Wie grundverschieden die beiden Arten der Gefährlichkeit sind, ersieht man am besten, wenn man sie kombiniert; A hat dem X aufgelauert und ihm von rückwärts einen Messerstich versetzt; B, C und D haben den Y überfallen und ihn so übel behandelt, daß die Gesamtheit[3]) ihrer Schläge, Fußtritte etc. eine lebensgefährliche Behandlung darstellt.

Wohin auch hier das unvorsichtige Exemplifizieren führt, zeigt folgender Fall: A und B gehen zusammen aus dem Wirtshause, begegnen C und D, geraten mit ihnen in Streit und die beiden Gruppen versetzen sich gegenseitig einige ganz unbedeutende Stöße. Das ist ein Fall, der höhere Strafe und amtswegiges Einschreiten erfordert![4])

Die im ganzen und großen ausdehnende Interpretation, welche das Reichsgericht dem § 223a zuteil werden läßt, hat das Resultat, daß die weitaus meisten „leichten" KV. sich als „gefährliche" im Sinne des § 223a darstellen. So wurden im Jahre 1901 verurteilt nach § 223: 27193 Personen; nach § 223a: 98110 Personen. Die Überzeugung, daß es sich bei diesen „gefährlichen KV." zumeist um ganz geringfügige Sachen handle, ist eine allgemeine; sie kommt auch darin zum Ausdrucke, daß die Strafen sehr milde ausfallen; im Zeitraum von 1894—1901 wurde Jugendlichen gegenüber fast in der Hälfte der Fälle auf Geldstrafe oder Verweis, Erwachsenen gegenüber in mehr als zwei Fünfteln der Fälle auf Geldstrafe erkannt. Auf Grund dieser Tatsachen hat die Kommission für die Reform des Strafprozesses beschlossen, den § 223a, der aus dem Bedürfnisse nach amtswegigem Einschreiten in besonders schweren Fällen entsprungen ist, der prinzipalen Privatanklage zuzuweisen.[5]) Man kann daraus ersehen, wie wenig er jenem Bedürfnisse entsprochen hat.

---

[1]) Um Mißverständnissen vorzubeugen, möchte ich bemerken, daß natürlich auch die objektive Größe der Gefahr oder der Verletzung nur soweit in Betracht kommt, als sie sich im Vorsatze des Täters reflektiert. Der Täter kann strafwürdiger sein, weil er eine größere Verletzung setzt, oder weil er die Verletzung mit größerer Schuld, in verwerflicherer Weise setzt.

[2]) Bei der Beratung der Novelle wurde das Auflauern besonders betont. (Stenogr. Ber. S. 802, vergl. RG. [I] v. 31. Mai 80, E. 2, 74.) Das französische Recht bringt das viel richtiger mit der subjektiven Seite des Verbrechens in Verbindung: „préméditation ou guet-apens".

[3]) Daß Mittäter für die Gesamtheit ihrer Handlungen haften (vergl. RG. [III] v. 17. Dez. 81, E. 5, 306; [IV] v. 7. Mai 86, E. 14, 119; [IV] v. März 96, E. 28, 245), ist auch ohne die Bestimmung des § 223a selbstverständlich.

[4]) Nach RG. (III) v. 17. Dez. 81, E. 5, 306 und (I) v. 10. Mai 86, R. 8, 348 ist § 223a auch gegeben, wenn mehrere gegen mehrere vorgehen; nach RG. (III) v. 8. Mai 80, R. 1, 742 bedarf es keines vorhergehenden Einverständnisses. — Das österreichische StrGB. § 155d straft die schwere KV. strenger, wenn „der Angriff in verabredeter Verbindung mit anderen, oder tückischerweise geschehen ist".

[5]) Vergl. Protokolle I S. 289ff., II S. 44.

3. Die fahrlässige Gefährdung.

Das RStrGB. hat eine große Zahl von Übertretungen, welche Binding sehr zutreffend als „unvollendete Fahrlässigkeitsdelikte“ bezeichnet.[1]) Als Beispiel sei angeführt § 366 Nr. 2, wonach eine Übertretung begeht, „wer in Städten oder Dörfern übermäßig schnell fährt oder reitet, oder auf öffentlichen Straßen oder Plätzen der Städte oder Dörfer mit gemeiner Gefahr Pferde einfährt oder zureitet“. Wenn durch derartige Handlungen jemand eine KV. erleidet, so liegt zweifellos fahrlässige KV. vor. Es handelt sich also wirklich um unvollendete fahrlässige KV. und Tötungen. Der Katalog der fahrlässigen Handlungen ist nicht vollständig und kann es nicht sein, weil niemand im vorhinein alle möglichen Fahrlässigkeiten ausdenken kann. Eine allgemeine Bestimmung über fahrlässige Handlungen fehlt.

Diese Übertretungen werden von Amts wegen verfolgt — die fahrlässigen KV. nur auf Antrag. Es kann daher, wenn der Antrag unterbleibt, das vollendete Delikt subsidiär unter den Gesichtspunkt einer Übertretung gebracht werden, wenn zufällig einer der aufgezählten Fälle vorliegt.[2])

Auch im Abschnitte über gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen finden sich einige unvollendete Fahrlässigkeitsdelikte.

B. Das ausländische Recht.

Das französische Recht, welches in der Bestrafung des Versuches die äußerste Strenge entwickelt, kennt sonderbarerweise keinen strafbaren Versuch der KV. Wenn A mit préméditation auf B. schießt, um ihn zu töten, so wird er als assassin geköpft; hat er „nur“ die Absicht gehabt, den B zum Krüppel zu machen, so ist er straflos! Diese groteske Übertreibung des schon für das deutsche Recht gekennzeichneten Fehlers beruht teils auf dem Gesetze, teils auf seiner Anwendung.[3]) Eine ganz unzureichende

[1]) Vergl. § 366 Nr. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, § 367 Nr. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, welche alle die körperliche Sicherheit betreffen; Binding, Normen I S. 403, Anm. 22; Lehrb. I S. 79.

[2]) Vergl. Binding, Lehrb. I S. 79.

[3]) Das Grunddelikt der coups, blessures usw. ist bloß délit, daher der Versuch nicht strafbar (Art. 3). Wenn schon das Grunddelikt crime ist, wie z. B. bei coups gegen Aszendenten (Art. 312), dann ist natürlich der Versuch strafbar (Art. 2, Garraud IV, N. 1738; Blanche IV, N. 600; zweifelnd Garçon zu Art. 312 N. 16 f.). Anders, wenn das Grund-délit durch die sehr schweren Erfolge des Art. 312, Abs. 3 zum crime werden soll; hier kann die französische Jurisprudenz sich nicht von dem Gedanken loslösen, daß ohne den tatsächlichen Eintritt der qualifizierenden Erfolge kein crime, daher auch kein Versuch eines crime gegeben ist. Der tiefere Grund dieser Auffassung dürfte wohl darin zu suchen sein, daß in bezug auf diese Erfolge nur dolus indirectus seu eventualis erforderlich ist, daß aber ein Versuch mit diesem dolus undenkbar ist; dieser Zweifel war wenigstens in der älteren österreichischen Literatur maßgebend (s. unten). — Vergl. Garraud IV, 1707, 1719 a, 1725 b, 1726; Chauveau et Hélie 1346; Garçon zu Art. 309 N. 105 f., 110 ff. (letzterer in N. 112 anfänglich auf guter Bahn); Blanche IV, 574. — Das belgische Recht hat den Versuch der Beibringung von Gift im Art. 405 ausdrücklich unter Strafe gestellt, weicht aber sonst nicht ab; vergl. Nypels zu Art. 400 N. 9, zu Art. 403 N. 3.

Korrektur erhält das Resultat dadurch, daß solche Versuchshandlungen gelegentlich als „violence ou voie de fait" behandelt werden (s. o. S. 230) oder zufällig eine selbständige Übertretung bilden (Art. 475 N. 7, 8).[1])

Das französische Recht kennt weder ein generelles Gefährdungsdelikt[2]) noch eine Bestrafung der „unvollendeten Fahrlässigkeitsdelikte".[3])

Im niederländischen StrGB. ist der Versuch der einfachen, nicht vorbedachten Mißhandlungen unter dem Einflusse französischer Traditionen für straflos erklärt worden (Art. 300 Abs. 5); man wollte nicht jene strafen, die bloß die Hand erhoben hatten, um jemanden zu schlagen[4]); in allen anderen Fällen ist Strafbarkeit gegeben (Art. 45). Besondere Gefährdungstatbestände sind zahlreich vorhanden (Art. 157 ff.); ein allgemeiner Satz fehlt. Die erfolglose kulpose Handlung ist im allgemeinen straflos gelassen[5]); einzelne Fälle sind unter den Übertretungen angeführt (Art. 424 ff.).

Der Versuch der KV. ist nach norwegischem Rechte schlechthin strafbar (§§ 49, 2).

Die dolose Gefährdung erscheint in einer Reihe von besonderen Bestimmungen (§§ 148 ff.), das gleiche gilt von der kulposen Gefährdung (§§ 351. 352, 354). Qualifiziert ist die Begehung mit einem Messer oder einem andern besonders gefährlichen Werkzeug (§ 232).

Versuch der KV. ist nach italienischem Recht möglich (vgl. Art. 61), obwohl Theorie und Praxis nicht ganz frei von Zweifeln sind.[6])

Gemeingefährliche Handlungen sind in den Art. 300 ff., 312 ff., 318 ff. aufgezählt; eine allgemeine Bestimmung fehlt; unter den Übertretungen finden sich in den Art. 471 ff. solche gegen die körperliche Sicherheit, darunter auch im Art. 483 eine generelle Bestimmung über das unvollendete Fahrlässigkeitsdelikt (analog dem § 431 des österr. StrGB.): „Wer auch nur durch Nachlässigkeit oder Unverstand, in irgend einer Weise eine Gefahr der Beschädigung von Personen oder schwerer Beschädigungen an Sachen verursacht, wird mit Buße bis zu 200 Lire oder mit Haft bis zu 20 Tagen bestraft. — Stellt die Handlung gleichzeitig eine Übertretung der Reglements für Gewerbe, Handel oder Industrie dar und verfügt das Gesetz nicht andres, so ist die Strafe Haft von 6 bis zu 30 Tagen und Enthebung von Ausübung des Berufes oder Gewerbes bis zu einem Monat."[7])

Als besonders gefährlich sind unter erhöhte Strafe gestellt die KV., welche mit hinterlistigen Waffen (armi insidiose) oder mit einer Waffe im eigentlichen Sinne des Wortes (arma propriamente detta) begangen werden

[1]) Vergl. Garçon zu Art. 309 N. 19 f.

[2]) Spezielle Gefährdungsdelikte s. § 434 ff.

[3]) Vergl. Garraud V, N. 1789; Garçon zu Art. 319 N. 7.

[4]) Smidt I S. 401 (zu Art. 46), II S. 450, 452; Noyon I S. 239, III S. 108: letzterer hebt mit Recht hervor, daß auch ernstere Fälle straflos bleiben können.

[5]) Vergl. die Motive zu Art. 307 ff. bei Smidt II S. 458.

[6]) Vergl. Pessina, Manuale, II S. 25; Majno zu Art. 374 N. 2380; Crivellari VII S. 863, 905, 934 (XII), 945 (CLXV), 946 (CLXXXI).

[7]) Vergl. dazu Majno, N. 2990 f. Das Gesetz umfaßt seinem Wortlaute nach auch dolose Gefährdungen.

(Art. 373 Abs. 1). Diese Begriffe sind in den Art. 155 und 470 näher erläutert. Trefflich ist der Grundgedanke gekennzeichnet in Zanardellis Bericht an den König (S. 142): es handle sich um Waffen, „l'uso delle quali maggioramente accresce la potenza aggressiva del reo e l'allarme sociale".

Den Waffen sind die ätzenden Substanzen (sostanze corrosive) mit Recht gleichgestellt.

Nach englischem Rechte ist jeder Versuch einer KV. schon ein vollendeter assault.[1]) Im übrigen bietet uns dieses Recht eine verwirrende Fülle von einfachem und qualifiziertem Versuch der KV., von dolosen und kulposen Gefährdungen, die durch Spezialgesetze als delicta sui generis behandelt werden.[2]) Ähnliches gilt auch für den nordamerikanischen Entw.

Der Entw. der Vereinigten Staaten ist charakterisiert durch die Feststellung von besonderen Delikten, die ganz klar als bewußte Gefährdungen konstruiert werden:

§ 210: Whoever knowingly transports .... nitroglycerine .... or other explosive, on board any vessel or vehicle whatever, employed in conveying passengers .... Geldstrafe von 1000—10000 Dollars; vgl. § 212.

§ 211. When the death or bodily injury of any person is caused by the explosion of such articles .... Die Strafe ist imprisonment von mindestens 2 Jahren.[3])

§ 282. „Whoever .... wilfully and wrongfully assaults another by the use of a weapon, or other instrument or thing likely to produce grievous bodily harm ....[4]) Die Fassung ist besser als die des § 223a RStrGB.

Nach geltendem österreichischen Rechte (§§ 8, 239) und ebenso nach dem Entw. (§ 47, vgl. Bemerkungen S. 295) ist jeder Versuch einer KV. strafbar.

Das geltende Recht enthält auch (in § 155a) eine Bestimmung über den Versuch der schweren KV., die textlich recht ungeschickt verknüpft ist mit einer „gefährlichen KV."; inhaltlich sind beide Bestimmungen gut.[5]) Als höher strafbar wird die KV. erklärt: 1. „wenn die, obgleich an

[1]) Bishop, II § 62.

[2]) Ein weiteres Eingehen erscheint hier überflüssig; vergl. das systemlose Durcheinander bei Stephen, Art. 257—261 (dazu Art. 51). Zu beachten ist die besonders strenge Behandlung der Verwendung ätzender Flüssigkeiten (corrosive fluids), O. P. A. § 29; Stephen, Art. 257 (g). — Rosenfeld, Tötungen, S. 10.

[3]) Es ist auffallend, daß hier nicht homicide (manslaughter) angenommen wird.

[4]) Über die assaults with dangerous weapons handelt sehr verständig Wharton, § 615 d. „Whether a weapon was, under the circumstances, dangerous, is a question of fact to be determined by all the circumstances of the case, and especially by the mode of use."

[5]) Über den § 155a gibt es viel Streit; vergl. Wahlberg in Haimerls Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft VIII S. 356f., IX S. 98f.; Rulf, daselbst X S. 145ff. und allg. österr. Ger.-Ztg. 1883 Nr. 39; Kitka, a. ö. Ger.-Ztg. 1856 Nr. 147; Bojarski daselbst 1867 Nr. 38; Gernerth daselbst 1883 Nr. 34, 35; Herbst, Handbuch, zu § 155a; Finger II S. 39; Lammasch S. 59. Note des Just.-Min. an den obersten Gerichts-

sich leichte Verletzung mit einem solchen Werkzeuge, und auf solche Art unternommen wird, womit gemeiniglich Lebensgefahr verbunden ist"; so stand es schon im StrGB. von 1803 (§ 137, b); der Satz drückt viel präziser das aus, was durch § 223a RStrGB. ausgedrückt werden sollte; er trifft den Fall der gefährlichen KV.[1]), das unvollendete Tötungsdelikt mit dem dolus indirectus seu eventualis des österr. Rechtes.

Nach dem StrGB. von 1803 war es eine Zeit lang kontrovers, ob es einen Versuch der schweren KV. gebe; für diese war ja nur dolus indirectus gefordert, und ein Versuch mit dolus indirectus wurde mit Recht als undenkbar bezeichnet.[2]) Nun wies aber Graßl in einer viel zitierten Abhandlung[3]) darauf hin, daß ja nichts im Wege stehe, eine schwere KV. mit dolus directus zu begehen, und daß in diesem Falle selbstverständlich der Versuch möglich sei. Dem wollte man offenbar i. J. 1852 Rechnung tragen und fügte im § 155a dem früher behandelten Falle einen zweiten hinzu: „oder [wenn] auf andere Art die Absicht, einen der in § 152 erwähnten schweren Erfolge herbeizuführen, erwiesen wird, mag es auch nur bei dem Versuche geblieben sein". Hiermit wird, genau so, wie in § 225 RStrGB., die absichtliche schwere KV. einer höheren Strafe unterstellt, zugleich aber der Versuch derselben ausdrücklich für strafbar erklärt.[4])

Der Entw. bringt eine Kopie des § 223a RStrGB. (in § 230 Z. 2). Er brachte weiters ursprünglich eine dem § 225 RStrGB. entsprechende Vorschrift mit ausdrücklicher Pönalisierung des Versuches; das Ganze wurde jedoch aus haltlosen Gründen fallen gelassen (Bemerkungen S. 297f.).

Das geltende Recht enthält ferner zwei äußerst wertvolle generelle Sätze: den § 87 über dolose Gefährdung, der im Zusammenhange mit dem Schweizer Entwurf besprochen werden wird, und den § 431 über kulpose Gefährdung, der nach einer äußerst reichen Aufzählung von einzelnen Gefährdungsfällen mit weiser Einsicht bestimmt: „Überhaupt lassen sich die Übertretungen, wodurch die körperliche Sicherheit verletzt

---

hof v. 4. März 1856, Z. 3642 (in der Manzschen Ausgabe des StrGB. zu § 155 abgedruckt). Entscheidungen des Kassationshofes (Nowacksche Slg.) Nr. 500, 1476, 1782 (vergl. aber 1233), 2703. Ich kann meine eigene Auffassung hier nur ganz kurz vorbringen.

[1]) Es kommt darauf an, daß die Handlung in lebensgefährlicher Art gesetzt wurde („nachträgliche Prognose", bezogen auf den Zeitpunkt der Handlung, s. oben S. 282); den Fall, wo der Erfolg in einer lebensgefährlichen KV. bestand, trifft der § 155 lit. e: wenn „die schwere KV. lebensgefährlich wurde".

[2]) Sonst wäre ja der § 155a (früher 137b) offenbar Versuch des Totschlages gewesen! Vergl. meine Schuldformen S. 193 Anm. 22; Nowacksche Sg. 1961.

[3]) In Wagners Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit 1830 I S. 189ff.; vergl. jetzt Nowacksche Sg. 115 (Generalprokuratur), 1358, 1961.

[4]) Recht ungeschickt ist die redaktionelle Verknüpfung mit dem früheren Falle durch die Worte: „oder auf andere Art"; als ob die lebensgefährliche Art der Handlung ein Beweis der auf schwere KV. gerichteten Absicht wäre. Die bestehenden Streitfragen erklären sich daraus, daß man diesen redaktionellen Verstoß des Gesetzgebers ernst nahm und daher die beiden in § 155a enthaltenen Fälle einheitlich konstruieren wollte.

werden kann, nicht sämtlich aufzählen. Es soll daher jede der in den §§ 335 bis 337 bezeichneten Handlungen oder Unterlassungen [d. h. die dort definierten fahrlässigen Handlungen, die „eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder körperliche Sicherheit von Menschen herbeizuführen, oder zu vergrößern geeignet" sind] auch dann, wenn sie keinen wirklichen Schaden herbeigeführt hat, als Übertretung mit einer Geldstrafe von fünf bis fünfhundert Gulden, oder mit Arrest von drei Tagen bis zu drei Monaten geahndet werden." Dieser Satz hat sich in tausendfacher Anwendung trefflich bewährt, und es beruht lediglich auf Unkenntnis der Verhältnisse, wenn der Entw. auch in diesem Punkte das gute heimische Recht aufgibt und das RStrGB. kritiklos übernimmt.[1])

Nach dem Schweizer Entw. ist der Versuch der eigentlichen KV. strafbar, der Versuch der „Tätlichkeit" straflos (Art. 21, 227).

Einen sehr großen Fortschritt bedeutet die Regelung der wissentlichen Gefährdung im Schweizer Entw. Neben einzelnen aufgezählten Fällen (Art. 65, 77, 143ff., 148ff., 155ff., 235, 247) bringt der Art. 68 ein generelles Gefährdungsdelikt.

Eine ähnliche, in der Theorie ganz unbeachtet gebliebene Bestimmung enthält schon der § 87 des geltenden österreichischen StrGB.; darnach macht sich eines Verbrechens „auch derjenige schuldig, der durch was immer für eine andere [Gegensatz zur boshaften Beschädigung fremden Eigentums] aus Bosheit unternommene Handlung .... eine der im § 85 lit. b) bezeichneten Gefahren [d. i. Gefahr für das Leben, die Gesundheit, körperliche Sicherheit von Menschen, oder in größerer Ausdehnung für fremdes Eigentum] herbeiführt". Dieser Satz hat trotz seiner antiquierten Fassung in der österreichischen Praxis gute Dienste geleistet und einen ganzen Abschnitt über gemeingefährliche Handlungen überflüssig gemacht.

Die österreichische Praxis hat den § 87 so ausgelegt, daß auch die Gefährdung eines einzelnen Menschen den Tatbestand desselben erfüllt.[2]) Anders ist dies beim Tatbestande des § 354 des Entw., der, im Abschnitte über gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen stehend, nach einer weitläufigen Aufzählung von Einzelfällen bestimmt: „Wer durch was immer für eine andere Handlung gemeine Gefahr für das Eigentum, die Gesundheit oder das Leben anderer verursacht, ist mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder mit Gefängnis nicht unter drei Monaten zu bestrafen.—Hat die Handlung eine schwere KV. verursacht, so ist auf Zuchthaus bis zu 10 Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, auf Zuchthaus nicht unter 5 Jahren zu erkennen."[3]) Es ist nicht einzusehen, warum die Gefährdung des Lebens eines einzelnen qualitativ anders zu behandeln sein soll.

---

[1]) Vergl. Bericht S. 59f.

[2]) Vergl. Nowaksche Slg. N. 1337.

[3]) Der Satz wurde im Entw. IV eingefügt und folgendermaßen motiviert: „Daß Handlungen unter Strafe zu stellen sind, welche vom Täter vorsätzlich und somit im Bewußtsein begangen werden, daß durch dieselben Gemeingefahr [warum nur

Ganz unabhängig vom österr. Rechte, lediglich auf Grund der Untersuchungen von Stooß über dolus eventualis und Gefährdung[1]), bestimmt nun der Schweizer Entw.:

„Wer einen Menschen wissentlich und gewissenlos in unmittelbare Gefahr für das Leben oder in schwere Gefahr für die Gesundheit bringt, wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Gefängnis bestraft; wird der Tod des Menschen verursacht, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis nicht unter einem Jahre. — Hat der Täter aus Gewinnsucht gehandelt, so ist mit der Freiheitsstrafe Buße bis zu 10000 Franken zu verbinden.“

Vortrefflich ist die Bezeichnung: „wer wissentlich gefährdet“; damit hat der Gesetzgeber alle Fiktionen der „eventuellen Einwilligung“, welche die Lehre vom dolus eventualis verunzieren, über Bord geworfen. Es kommt nur darauf an, daß der Täter weiß, daß er gefährdet, und trotzdem handelt; das „gewissenlos“, welches bei den Verhandlungen mit „frevelhaft“ indentifiziert wurde, soll eine voreilige Anwendung des Gesetzes verhindern.[2])

Der Art. umfaßt zwei Fälle; den einen der Tötung mit Wissentlichkeit; in der Festsetzung des Strafmaximums (5 Jahre Zuchthaus) ist der Gesetzgeber zu zaghaft; das österr. Recht droht hier die Todesstrafe an. Der zweite Fall ist der des unvollendeten Deliktes[3]); der „Bericht“, S. 8,

---

Gemeingefahr?] für Menschenleben oder fremdes Eigentum herbeigeführt wird, dürfte wohl kaum zweifelhaft erscheinen. Es ist dies der für die vorgehenden Bestimmungen dieses (XXV.) Hauptstückes leitende Gesichtspunkt. Da sich aber nicht mit Bestimmtheit voraussehen läßt, ob alle derlei Handlungen mit den speziellen Bestimmungen dieses Hauptstückes getroffen sind, so wurde im § 353 [jetzt 354] eine allgemeine, alle solche Handlungen umfassende Bestimmung eingefügt [welche die vorangehenden ganz überflüssig macht!!]. Eine ähnliche Bestimmung enthält auch das geltende StrGB. § 87“ (Bemerkungen S. 385).

[1]) In Zeitschr. f. d. ges. Strafr. 15 S. 199ff.; vergl. Verhandlungen I S. 343ff.; II S. 244ff., 506ff.; Bericht S. 7ff. Der Entw. enthielt ursprünglich eine besondere Bestimmung über die „Gefährdung einer unbestimmten Zahl von Menschen“.

[2]) Ein Opponent, der sich auf Bindings Normen (Bd. I S. 384; II S. 521?) stützte, sah in der Aufstellung des allgemeinen Gefährdungsverbotes eine Gefahr der freien Bewegung: „Wir können dem Individuum eine gewisse Rücksichtslosigkeit nicht verbieten. Sonst gelangen wir dazu, auch das ärztliche Experiment und Unternehmungen, wie Eisenbahnen und Tramways, mit Verbot zu belegen. Es gibt eben eine ganze Menge erlaubter Gefährdungen“. (Verhandlungen II S. 507.) Solchen Einwänden suchte Stooß durch besonders vorsichtige Formulierung zu begegnen; daher auch die „unmittelbare“ Gefahr, die er fordert. Die Einwände erledigen sich dadurch, daß die wissentliche Gefährdung ebenso wie die fahrlässige eine untere Grenze der Strafbarkeit hat; vergl. meine Schuldformen I S. 7f.; das dort kurz Gesagte erscheint breit und nicht immer ganz einwandfrei ausgeführt bei Miřička S. 149ff.; vergl. denselben S. 189ff.; Gyr, Vergiftung S. 49ff; einseitig (von Bindingschen Lehren aus) Busch, Gefahr S. 71ff. Ihre endgültige Erledigung finden diese Bedenken, wenn man die Gefährdungsdelikte als unvollendete Verletzungsdelikte auffaßt; vergl. unten die Vorschläge.

[3]) Es ist ein technischer Fehler, daß der Strafsatz für das unvollendete Delikt auch jene Fälle mitumfaßt, wo es nicht bei der bloßen „schweren Gefahr für die Gesundheit“ geblieben, sondern eine schwere Schädigung der Gesundheit eingetreten ist; besser auch in dieser Hinsicht das österr. StrGB.

begründet die Strafbarkeit desselben durch die lapidaren Worte: „Und doch ist der Täter nicht minder strafwürdig, der ein Menschenleben freventlich aufs Spiel setzt und das Glück hat, kein Unheil anzurichten." Ich habe dem nichts hinzuzufügen.

In bezug auf die fahrlässigen Gefährdungen konnte der Gesetzgeber sich nicht zu gleicher Höhe aufschwingen; er bringt eine Reihe von Einzelfällen (Art. 69, 143 ff., 247, 263, 264, 265), aber keinen allgemeinen Satz. Und doch gilt es auch hier ganz allgemein, daß der Täter strafwürdig ist, wenn er fahrlässig gehandelt hat, mag er auch das Glück gehabt haben, kein Unheil anzurichten.

---

5. Die Ansteckung.

A. Das deutsche Recht.

In jüngster Zeit ist die öffentliche Aufmerksamkeit durch sehr verdienstvolle Anregungen von ärztlicher Seite auf ein bisher arg vernachlässigtes Problem gelenkt worden, die Abwehr der Ansteckung. Die ungeheure Verbreitung der Geschlechtskrankheiten einerseits, die zunehmende Erkenntnis ihrer tiefgreifenden Bedeutung für die Gesundheit des einzelnen und für die Volksgesundheit andererseits haben diese Frage zu einer brennenden gemacht; sie ist bisher mit einseitiger Hervorhebung des praktisch weitaus wichtigsten Falles, der Ansteckung mit Geschlechtskrankheiten, behandelt worden.

Nach RStrGB. steht es außer Zweifel, daß die vollendete Ansteckung mit Syphilis, Gonorrhoe, Blattern usw. als „Gesundheitsbeschädigung" im Sinne des § 223 anzusehen ist[1]); leider auch, daß in den meisten Fällen nur „leichte" KV., also ein Antragsdelikt, vorliegt.[2])

Der objektive Tatbestand der KV. erfordert einen Kausalzusammenhang zwischen der Gesundheitsbeschädigung und der Handlung des Täters; dieser Kausalzusammenhang läßt sich aber gerade bei der Ansteckung nur selten erweisen; sie kann eine Rezidive sein, oder durch Beischlaf mit einer anderen Person oder in ganz unschuldiger Art erworben (die sog. syphilis insontium).[3]) Diese natürliche Schwierigkeit verweist uns darauf, das unvollendete Verbrechen, die schuldhafte Handlung ohne Rücksicht auf den Erfolg zu bestrafen. Nach RStrGB. könnte man da nur an den Versuch denken; der ist aber in den seltensten Fällen vorhanden, weil ja nicht leicht jemand die Absicht[4]) hat, anzustecken; die wissentliche und fahrlässige Gefährdung durch Ansteckung ist aber im allgemeinen nicht unter Strafe gestellt[5]); der § 361 Nr. 6 straft sehr milde — mit Haft — die Prostituierte,

---

[1]) Dies wurde bei der Redaktion des preußischen StrGB. als selbstverständlich angesehen, weshalb eine besondere Bestimmung darüber gestrichen wurde; Goltdammer, Materialien II S. 402. Vergl. v. Liszt, Aufsätze II S. 475.

[2]) Vergl. oben S. 225.

[3]) Vergl. v. Liszt, Aufsätze II S. 476; v. Bar, Gutachten S. 66f.; Rudeck, Syphilis S. 28ff.

[4]) Vergl. oben S. 276.

[5]) Daß die Gesundheitsgefährdung den Ausgangspunkt für die praktische Bekämpfung der Ansteckung bilden muß, hat v. Liszt a. a. O. überzeugend ausgeführt.

welche den zur Sicherung der Gesundheit erlassenen polizeilichen Vorschriften zuwiderhandelt; sonst gibt es kein ähnliches Gefährdungsdelikt, soweit Gefährdung einzelner Personen in Betracht kommt. Bei Verursachung von Gemeingefahr könnte man den § 327 RStrGB. heranziehen: „Wer die Absperrungs- oder Aufsichts-Maßregeln oder Einfuhrverbote, welche von der zuständigen Behörde zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens einer ansteckenden Krankheit angeordnet worden sind, wissentlich verletzt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.“ Da die Geschlechtskrankheiten, was immer deutlicher wird, weit mehr als Cholera und Blattern, eine imminente Gemeingefahr bedeuten, so könnten wohl auch de lege lata die Verwaltungsbehörden durch zweckmäßige Ausfüllung des ihnen in § 327 gegebenen Blanketts sich große Verdienste erwerben.

Die größte Schwierigkeit aber bereitet die subjektive Seite der Ansteckung. Klar ist sie nur in den seltenen Fällen, wo Absicht vorliegt[1]), oder wenn wir es mit bloßer Fahrlässigkeit zu tun haben. Aber der praktisch wichtigste Fall ist der, daß der Täter den Erfolg nicht beabsichtigt, sondern nur wissentlich riskiert: er vollzieht den Beischlaf, obwohl er weiß, daß daraus leicht die Ansteckung folgen kann, sei es, daß geschlechtliches Begehren seine Bedenken überwindet, sei es — wie bei der Dirne — aus Gewinnsucht. An diesem Falle offenbart sich der Bankerott des herkömmlichen Begriffes des dolus eventualis.[2]) Alle die klugen Formeln, durch die man herausbekommen will, ob der Kunstschütze, der dem Bauern die Pfeife aus dem Munde schießt, dessen Tod „gebilligt“ oder „eventuell gewollt“ habe, versagen gegenüber dem so einfachen psychologischen Tatbestande unseres Falles, der als Massenerscheinung jedermann klar ist. Fast alle Gesetze des Auslandes, die sich mit der Ansteckung beschäftigen, und ebenso die gelegentlich der lex Heinze im Deutschen Reichstage aufgestellten Entwürfe haben daher den Vorsatzbegriff fahren gelassen und an seine Stelle ausdrücklich die Wissentlichkeit gesetzt[3]); das Leben erweist sich stärker als die Schule. Dem RStrGB. gegenüber, welches uns nur die Typen der vorsätzlichen und der fahrlässigen KV. zur Verfügung stellt, sind wir gezwungen, entweder eine „eventuelle Einwilligung“ zu fingieren oder bloße Fahrlässigkeit anzunehmen.[4])

[1]) Vergl. darüber oben S. 225 Anm. 5.

[2]) Sehr richtig v. Liszt, Aufsätze II S. 475.

[3]) Das gleiche gilt von den älteren deutschen Partikulargesetzen; so z. B. Oldenburg (1814) Art. 387: „Wer, da er wußte, daß er mit einer venerischen Krankheit behaftet war, den Beischlaf . . . vollzieht.“ Die einzelnen Gesetzesstellen sind gesammelt bei v. Liszt a. a. O. S. 478f. Ebenso die Amendements zur lex Heinze; s. unten Vorschläge.

[4]) Die Frage ist weit seltener behandelt worden als die vom Kunstschützen. Für Fahrlässigkeit ist Oppenhoff zu § 230 N. 3; de lege lata auch Seuffert, Ein neues StrGB. S. 46f. (sehr beachtenswert!); für Vorsatz sind Binding, Lehrb. I S. 46 und Olshausen zu § 223 N. 13; v. Bar, Gutachten S. 67, spricht von einer „dolosen (wissentlichen) KV.“; v. Liszt hat seine Meinung geändert; Aufsätze I S. 271 tritt er unter dem Einflusse der Vorstellungstheorie entschieden für vorsätzliche KV. ein; die erkrankte Person „hat die Ansteckung als Folge ihrer Handlung vorher-

B. Das ausländische Recht.[1])

Das österreichische Recht kann als Typus der älteren deutschen Gesetzgebung[2]) dienen. Es bestraft zunächst die Prostituierten, welche „ihr unzüchtiges Gewerbe betreiben, obwohl sie wußten, daß sie mit einer venerischen Krankheit behaftet sind“; das bedeutet also eine wissentliche Gefährdung ohne Rücksicht auf den Erfolg. Die Strafe war nach dem StrGB. v. 27. Mai 1852, § 509, recht geringfügig, strenger Arrest von 1—3 Monaten; jetzt gilt für diesen Fall der § 5 Z. 3 des Ges. v. 24. Mai 1885, RGBl. Nr. 89 (sog. Vagabundengesetz), die Strafe ist strenger Arrest von 1—6 Monaten, und es kann überdies das Gericht die Zulässigkeit der (höchstens dreijährigen) Anhaltung der Täterin in einer Zwangsarbeitsanstalt aussprechen (§ 7 des zit. Ges.).

Ferner bestimmt der § 379 des StrGB.: „Eine Frauensperson, die sich bewußt ist, mit einer schändlichen oder sonst ansteckenden Krankheit behaftet zu sein, und mit Verschweigung oder Verheimlichung dieses Umstandes als Amme Dienste genommen hat, soll für diese Übertretung mit dreimonatlichem strengen Arreste bestraft werden.“ Auch dies ist eine wissentliche Gefährdung.

Nicht genannt ist der Fall, daß jemand, ohne die Prostitution gewerbsmäßig auszuüben, durch Beischlaf gefährdet, daß die Eltern zu ihrem syphilitischen Kinde eine gesunde Amme nehmen. Dies würde zweifellos unter das generelle fahrlässige[3]) Gefährdungsdelikt des § 431 StrGB. fallen; doch ist mir ein Anwendungsfall nicht vorgekommen[4]); offenbar ist die Strafbarkeit wenig bekannt, und die Beteiligten scheuen die Anzeige, ohne welche die Behörden kaum in die Lage kommen, einzuschreiten.

Der Entwurf enthält folgende Bestimmungen:

§ 475. Wer sich bewußt ist, daß er an einem ansteckenden Übel leidet und mit Verschweigung desselben dennoch als Dientbote, Gewerbsgehilfe, Lehrling, als Berg- oder Fabriksarbeiter sich verdingt oder, wenn er erst nach Antritt des Dienstes oder der Arbeit davon befallen wird, solches

---

gesehen. Ob sie diese Folge gewollt hat oder nicht, muß gleichgültig bleiben“; ähnlich Lehrb. S. 172. Dagegen Aufsätze II S. 475: „das Bewußtsein aber allein, geschlechtlich krank zu sein, und die Erkenntnis der Gefahr, in die der andere Teil gebracht wird, reichen nach der in der deutschen Wissenschaft und Rechtsprechung allgemein herrschenden Ansicht nicht aus, um eine Verurteilung wegen vorsätzlicher KV. zu rechtfertigen. . . . Wer sich um die Folgen seines Tuns nicht kümmert, handelt fahrlässig, aber, wenn nicht die Billigung des Erfolges hinzutritt, niemals vorsätzlich“.

[1]) Vergl. v. Liszt, Aufsätze, II S. 477 ff. Über die Behandlung der Ansteckung im anglo-amerikanischen und im französischen Rechte s. oben S. 263, 266.

[2]) Vergl. über dieselbe v. Liszt, Aufsätze, II S. 478 ff.

[3]) Die Strafen, welche der Gesetzgeber in den speziell hervorgehobenen Fällen auswirft, zeigen, daß er „bösen Vorsatz“ nicht annimmt; das ist auch bei dem österreichischen dolus indirectus, der gerade bei der KV. eine „feindselige Absicht“ gegen den Verletzten voraussetzt (§ 152), ganz ausgeschlossen.

[4]) Vergl. noch die Vergehen gegen die Pestanstalten, StrGB. § 393 ff., Patent v. 21. Mai 1805 und Reglement für die Seesanitätsverwaltung v. 13. Dez. 1851, RGB. ex 1852 N. 41, in meiner Studienausgabe des StrGB. S. 275 ff.

dem Dienst- oder Arbeitgeber anzuzeigen unterläßt, ist, wenn dadurch eine Gefahr der Ansteckung für andere entstehen kann, mit Haft oder an Geld bis zu 300 fl. zu bestrafen.

Gegen die zur Strafe der Haft Verurteilten kann auf Anhaltung zur Arbeit (§ 12) und auf Verschärfung der Freiheitsstrafe erkannt werden.

§ 476 enthält ähnliche Bestimmungen für Ammen; die Strafe ist Haft.

Der Dienstnehmer ist nicht geschützt!

§ 477. Wer mit einer venerischen oder syphilitischen Krankheit behaftet zu sein sich bewußt ist und dennoch mit jemand Beischlaf pflegt, ist mit Haft zu bestrafen.

Im Falle ehelichen Beischlafes erfolgt die Bestrafung nur auf Grund einer Privatanklage.

(Strafschärfungen wie bei § 475.)

Diese allgemeine Strafdrohung gegen den Beischlaf des Erkrankten schlechthin (nicht bloß der kranken Dirne) findet sich schon im Oldenburgischen StrGB. v. 1814, Art. 387, im StrGB. von Schaffhausen (1859) § 185, im dänischen StrGB. v. 1866, § 181, und im österreich. Entw. v. 1874, § 463.[1])

Zutreffend ist hier der Gesichtspunkt der wissentlichen Gefährdung; ganz unzureichend ist aber die Einschätzung der Wissentlichkeit, welche in dem Strafsatze zum Ausdruck kommt; das Maximum der Haftstrafe, zwei Monate (§ 14 des Entw.) steht in einem Mißverhältnisse zur Schwere des Verschuldens der Täter.

Weit umfassender sind die Vorschriften des norwegischen StrGB.[2]); ich gebe sie im systematischen Zusammenhange wieder. Zunächst findet sich im 14. Kapitel über gemeingefährliche Verbrechen folgendes:

§ 154. Wer bewirkt oder dazu mitwirkt, daß eine gefährliche ansteckende Krankheit unter Menschen, Haustieren oder Pflanzen Eingang findet oder allgemein verbreitet wird, wird mit Gefängnis bis zu zehn Jahren bestraft. Bei besonders mildernden Umständen kann Geldstrafe angewendet werden.

Hat eine solche Handlung, wie in Absatz 1 erwähnt, den Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung verursacht, so ist die Strafe Gefängnis von fünf Jahren bis auf Lebenszeit.

§ 155. Wer, obwohl er weiß oder vermutet, daß er an einer ansteckenden Krankheit leidet, durch geschlechtlichen Verkehr oder unzüchtiges Verhalten einen anderen ansteckt oder der Ansteckung aussetzt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

Gleiche Strafe trifft den, der dazu mitwirkt, daß jemand, von dem er weiß oder vermutet, daß er an einer ansteckenden Geschlechtskrankheit leidet, durch ein solches Verhalten, wie oben erwähnt, einen anderen ansteckt oder der Ansteckung aussetzt.

[1]) Vergl. v. Liszt a. a. O. S. 479f.

[2]) Vergl. die sorgfältige rechtsvergleichende Darstellung in den Motiven von 1896 S. 164ff. und v. Liszt a. a. O. S. 480f., 484.

Ist der Angesteckte oder der Ansteckung Ausgesetzte der Ehegatte des Täters, so tritt die öffentliche Verfolgung nur auf dessen Antrag ein.

§ 156. Wer die Vorschriften, die zur Verhütung oder Bekämpfung einer ansteckenden Krankheit unter Menschen oder Haustieren gesetzmäßig angeordnet sind, übertritt, obwohl er weiß, daß er dadurch die Gefahr herbeiführt, daß eine ansteckende Krankheit eingeführt oder allgemein verbreitet wird, oder wer dazu mitwirkt, wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren und, wenn infolge der Handlung ein Mensch ums Leben kommt oder eine schwere Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung erleidet, mit Gefängnis bis zu vier Jahren bestraft.

Ferner enthält das 36. Kapitel unter der Rubrik: „Übertretungen, die sich auf die allgemeine Gesundheit beziehen", folgende Vorschriften:

§ 357. „Mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten wird bestraft, wer den im Inlande durch das Gesetz oder kraft des Gesetzes gegebenen Vorschriften zuwiderhandelt, die die Verhütung oder Bekämpfung ansteckender Krankheiten oder den Schutz der allgemeinen Gesundheit bezwecken.

§ 358. Mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten wird bestraft, wer, ohne auf die Ansteckungsgefahr aufmerksam zu machen:

1. ein Kind in Pflege gibt, von dem er weiß oder vermutet, daß es an einer ansteckenden syphilitischen Krankheit leidet, oder jemanden zur Pflege eines solchen Kindes annimmt, oder

2. trotz der Kenntnis oder der Vermutung, daß er an einer ansteckenden syphilitischen Krankheit leidet, in dem Hausstande eines anderen Dienste nimmt oder in solchem Dienste verbleibt oder ein fremdes Kind in Pflege nimmt, oder wer dazu mitwirkt.

In gleicher Weise wird bestraft, wer jemanden zur Pflege eines Kindes annimmt oder beibehält, von dem er weiß oder vermutet, daß er an einer ansteckenden syphilitischen Krankheit leidet, oder wer dazu mitwirkt."

Auch dieses Gesetz konstruiert die Delikte als wissentliche Gefährdung. Nach dem Vorbilde des dänischen Ges. v. 1866, § 181, genügt es ihm, wenn der Täter vermutet, daß er krank sei; das ist ein geringerer Grad der Wissentlichkeit; die Wahrscheinlichkeit der Ansteckung, welche der Täter nicht achtet, ist für ihn geringer, wenn er das Vorhandensein der ersten Bedingung der Ansteckung nur vermutet.

Schon durch die systematische Einreihung der Delikte zeigt der Gesetzgeber, daß es sich ihm nicht bloß um die Einzelinteressen des Verletzten handelt, sondern zugleich um die durch jede einzelne Ansteckung mitgefährdete Volksgesundheit.

Die ausgesetzte Strafe — bis zu drei Jahren Gefängnis — entspricht weit eher als die des österreichischen Rechtes der sozialen Bedeutung der Tat und dem Verschulden des Täters.

Das Verhältnis der §§ 156 und 357 ist ein höchst charakteristisches; der erste straft die wissentliche Gefährdung; der zweite straft den Un-

gehorsam gegen die Schutzvorschriften schlechthin, er ist echtes Polizeidelikt und mit geringer Strafe bedroht; die Regelung ist weit besser als die durch § 327 RStrGB. getroffene.

Systematisch unrichtig ist die Stellung der §§ 357 und 358, welche im innigsten gegenständlichen Zusammenhange mit § 155 stehen. Es ist auch gar nicht abzusehen, warum die Ansteckung einer Amme durch ein Kind oder umgekehrt weit milder bestraft werden soll als die Ansteckung einer Prostituierten durch ihren Besucher.

Die Kasuistik des Gesetzes ist eine unvollständige.

Der Schweizer Entwurf enthielt ursprünglich unter den gemeingefährlichen Verbrechen einen

Art. 158. „Wer vorsätzlich eine Handlung vornimmt, durch die Menschen oder Tiere in Gefahr gebracht werden, an einer gemeingefährlichen Seuche zu erkranken, wird mit Gefängnis bis zu 5 Jahren bestraft.

Wer vorsätzlich eine gemeingefährliche Seuche verbreitet, wird mit Zuchthaus nicht unter 2 Jahren bestraft."

In den Verhandlungen der Expertenkommission (II, S. 218 ff., 653 ff.) wurde gegen diesen Artikel eingewendet, daß er auch den Fall umfasse, wenn eine syphilitisch erkrankte Dirne in Kenntnis ihres Zustandes den Geschlechtsakt vollzieht, oder wenn eine Hebamme das Wochenbettfieber von einer Patientin auf die andere überträgt. In bezug auf die Schuldfrage, den dolus eventualis der Dirne, zeigte sich in den Verhandlungen eine Zerfahrenheit, die ein getreues Spiegelbild des Zustandes der Wissenschaft ist.[1]) Ein Berater meinte, die Syphilis sei keine Seuche und der Fall gehöre überhaupt in das Gebiet der Sittlichkeitsdelikte (S. 656).

Stooß verteidigte, unterstützt von Zürcher[2]) und Correvon, seinen Entwurf in der zutreffendsten Weise; gerade in den angeführten Fällen sei die strenge Strafe des Art. 158 angezeigt! Die Syphilis sei eine gemeingefährliche Seuche! Auch in bezug auf die Schuldfrage war Stooß auf der richtigen Fährte: „Ich bin indessen im Zweifel, ob nicht der Ausdruck „vorsätzlich" besser durch „wissentlich" ersetzt wird. Der Täter will oft zunächst etwas anderes als die Herbeiführung der Gefahr. Der Syphilitiker z. B., der in Kenntnis seines Zustandes konkumbiert, wird in der Regel nur den Vorsatz haben, seinen Geschlechtstrieb zu befriedigen."

[1]) Stooß, S. 220, hält gemäß seinem theoretischen Standpunkte den dolus eventualis nicht für Vorsatz; handelt der Täter vorsätzlich, so will er verbreiten. Gretener, S. 220 und 655 f., hält den dolus eventualis für Vorsatz und will ihn durch die Wahl des Wortes „Absicht" ausschließen; David meint, S. 654, durch die Verwendung des Ausdruckes vorsätzlich werde die Bestrafung des dolus eventualis möglich: „Der Richter wird dann jeweilen mit diesem dolus eventualis operieren und schließlich dazu gelangen, auch Fälle bloßer Fahrlässigkeit zu bestrafen.

[2]) Zürcher gibt S. 219 ein sehr gutes Beispiel für die hier vorherrschende Schuldform: In Zürich hat während einer Blatternepidemie eine Frau ihr Spezereigeschäft ruhig weiter betrieben, trotzdem im Hause die Blattern herrschten.



Stooß wurde überstimmt; der Art. lautet jetzt: „Wer vorsätzlich eine gemeingefährliche ansteckende menschliche Krankheit verbreitet, wird mit Zuchthaus bestraft. — Wer fahrlässig usw. . . . . wird mit Gefängnis bestraft.“ Die Kommission beschloß ausdrücklich, daß sich dieser Art. nicht auf die Verbreitung der Syphilis beziehe.[1])

Der Entwurf von 1903 enthält folgende neu aufgenommene Bestimmung[2]):

Art. 76. „Wer an einer ansteckenden Geschlechtskrankheit leidet und in Kenntnis dieses Zustandes den Beischlaf ausübt oder einen Menschen in anderer Weise wissentlich der unmittelbaren Gefahr aussetzt, von ihm angesteckt zu werden, wird mit Gefängnis bestraft. Die Gefährdung des Ehegatten wird nur auf Antrag bestraft.“

Der Artikel konstruiert also eine wissentliche Gefährdung. Neben der Erwähnung des Beischlafes als des Hauptfalles gibt er in einer mustergültigen Wendung eine allgemeine Norm, welche die weitere Kasuistik überflüssig macht. Die Größe der Gefahr wird in derselben Weise gekennzeichnet, wie in Art. 68 (s. o. S. 290), nämlich als „unmittelbare“ Gefahr. Ein weiterer Vergleich mit Art. 68 zeigt, daß wir es hier mit einem Spezialfalle jenes allgemeinen Gefährdungsdeliktes zu tun haben; wer einen Menschen wissentlich der unmittelbaren Gefahr aussetzt, von ihm mit Syphilis angesteckt zu werden, der hat ihn doch sicherlich „wissentlich und gewissenlos in schwere Gefahr für die Gesundheit gebracht“. Um so auffälliger erscheint die verhältnismäßig geringe Strafe — Gefängnis bis zu 2 Jahren (Art. 27) —, welche allerdings der ursprünglichen Absicht von Stooß nicht entspricht. Es zeigt sich auch hier, daß der Gesetzgeber im Ausmaß der Strafe für neueingeführte Delikte naturgemäß etwas zaghaft ist.

---

[1]) Entw. v. 1896, Art. 161; Entw. v. 1903, Art. 143; Verhandlungen II S. 657; Bericht S. 47.

[2]) Eine solche Spezialbestimmung wurde schon von Correvon in den Verhandlungen (II S. 221) angeregt.

6. Die Vergiftung.

A. Das deutsche Recht.

Literatur: v. Buri, Zur Frage über den Begriff des Giftes, in Goltdammers Archiv X S. 745 ff.; Gengler, Die strafrechtliche Lehre vom Verbrechen der Vergiftung, Bamberg I 1842, II 1843; Gyr, Die Vergiftung als Gefährdungsdelikt, Leipziger Diss., 1904; Merkel, Art. Vergiftung in v. Holtzendorffs Rechtslexikon, 3. Aufl., III 2 S. 1026 f.; Mittermaier, Das Verbrechen der Vergiftung, in Goltdammers Archiv IV S. 433 ff., 577 ff.; 721 ff.; V S. 145 ff.

Die Geschichte[1]) zeigt zu allen Zeiten die äußerste Strenge des Strafrechtes gegen die unheimlichen, im Altertum und Mittelalter so gefürchteten Giftverbrechen. Die volkstümliche Auffassung und die Kirche brachten sie wiederholt in Zusammenhang mit der Zauberei; erst die Carolina (Art. 130) löste endgültig diese Verknüpfung; sie behandelt im Anschlusse an die Bearbeitung der lex Cornelia de sicariis et veneficis durch die italienischen Praktiker die Vergiftung als „böse tödtung", und zwar mit Betonung der für das germanische Rechtsgefühl besonders bedeutsamen Heimlichkeit[2]); die Rubrik des Art. 130 lautet: „von der straff der, die mit gifft oder venen heymlich vergeben".

Die Carolina hatte noch die Fälle, wo jemand „durch gifft oder venen am leib oder leben beschedigt" wird, gemeinsam behandelt. Seit Feuerbach wurde es üblich, die KV. durch Gift von der Tötung durch Gift zu sondern; dies tat insbesondere das bayerische StrGB. von 1813 (Art. 148 f., 184), welches wieder den ersten preußischen Entwürfen zum Vorbilde diente[3]); hier ließ man im Laufe der Beratungen den Giftmord ganz fallen, und es blieb nur die KV. durch Gift stehen. Aus den Beratungen sind folgende Punkte hervorzuheben[4]):

1. Mit Rücksicht darauf, daß der Begriff des „Giftes" manchen Zweifeln unterlag[5]), wurde beantragt, den Zusatz zu machen: „oder andere der Ge-

[1]) Eine ausführliche Darstellung der Geschichte der Vergiftung liefert Gengler; alle späteren Autoren fußen auch auf ihm; vergl. auch Hälschner im System des preuß. Strafr. II S. 160 ff. Zum Verständnisse der Gegenwart dürften die obigen kurzen Andeutungen genügen.

[2]) Die Heimlichkeit gehörte im römischen Rechte nicht zum Begriffe des veneficium; die Postglossatoren dagegen behandeln die Tötung durch Gift, wohl unter dem Einfluß germanischer Rechtsanschauung, als homicidium proditorium; s. Gengler I S. 65, 128 f., 157 f., 195 ff.; II S. 287 ff. Es kommt auf die Heimlichkeit gegenüber dem Opfer an, welches sich nicht verteidigen kann.

[3]) Vergl. Goltdammer, Materialien II S. 426 ff.

[4]) Eingehendere Darstellung bei Goltdammer a. a. O.

[5]) Vergl. Gengler II S. 18 f.

sundheit schädliche Stoffe"; in das Gesetz kam die Fassung: „oder andere Stoffe, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind", wodurch jedenfalls ein höherer Grad von Gesundheitsschädlichkeit bezeichnet werden sollte.

2. In bezug auf das Verschulden des Täters war der Gedanke vorherrschend, daß „der Täter bei der Vergiftung weniger als bei anderen Verbrechen den Erfolg seiner Handlung in seiner Gewalt habe, daß er deshalb immer auf den tödlichen Erfolg gefaßt sein müsse, und eben deshalb sein dolus die Natur des indeterminatus oder eventualis annehme."[1]) Der Täter handelt also, auch wenn er nur die Absicht der Gesundheitsbeschädigung hat, doch mit eventuellem Tötungsvorsatze; dieser Gedanke findet sich häufig in der Theorie und in der Gesetzgebung der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts.[2])

3. Von Seite der rheinischen Juristen[3]) wurde das Bedenken erhoben, daß bei der Gesundheitsbeschädigung durch Gift die Kausalität selten mit genügender Gewißheit nachzuweisen sei[4]); dem wurde Rechnung getragen, „und es wurde das Prinzip angenommen, daß diese so höchst gefährliche Handlung, bei welcher der Täter den Erfolg niemals mit Zuverlässigkeit voraussehen könne, auch dann schon unter Strafe zu stellen sei, wenn auch noch kein Schade an der Gesundheit des Vergifteten dadurch entstanden ist."[5]) So entstand der § 197 des preußischen StrGB.:

„Wer vorsätzlich einem anderen Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Hat die Handlung eine schwere KV. (§ 193) zur Folge gehabt, so besteht die Strafe in Zuchthaus von zehn bis zu zwanzig Jahren.

Hat die Handlung den Tod zur Folge gehabt, so tritt lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

Diese Bestimmungen berühren nicht den Fall, wo der Täter die Absicht zu töten hatte."

Bei der Redaktion des RStrGB. erfolgten nur geringe Änderungen; der Schlußsatz wurde, offenbar als selbstverständlich, gestrichen; in dem ersten Satze wurde „durch die Worte ‚um die Gesundheit zu beschädigen', die verbrecherische Absicht ausdrücklich näher bezeichnet". (Motive zu Entw. III, § 224.) Nunmehr lautet der § 229 RStrGB.:

---

[1]) Goltdammer a. a. O. S. 426, vergl. daselbst S. 427.

[2]) Ich entnehme aus der „Zusammenstellung der StrGB. auswärtiger Staaten", III, Berlin 1839, S. 21ff., folgende Stellen, welche dem preußischen Gesetzgeber bekannt waren: Bayerische Anmerkungen zu Art. 149 des StrGB. v. 1813; Motive zum bayer. Entw. v. 1827, Art. 206 und zum Entw. v. 1831, Art. 240f.; hannover. Entw. v. 1825, Art. 280; Motive zum württembergischen Entw. v. 1835, Art. 227; badischer Entw. v. 1836, § 212. Über die Theorie jener Zeit vergl. Gengler II S. 133ff.

[3]) Sie rationalisierten wohl aus dem Code pénal, Art. 301; s. unten.

[4]) Vergl. Gengler II S. 96ff. — Dieses Bedenken dürfte inzwischen durch die Fortschritte der gerichtlichen Medizin ganz beseitigt sein; es wäre also auch an der Zeit, die daraus gezogenen Konsequenzen zu beseitigen.

[5]) Goltdammer a. a. O. S. 427.

„Wer vorsätzlich einem anderen, um dessen Gesundheit zu beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere KV. verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden, auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder auf lebenslängliches Zuchthaus zu erkennen."

Was nun zunächst das Mittel der Begehung dieses Verbrechens betrifft, so hat der Gesetzgeber tatsächlich eine Reihe von Schwierigkeiten aus dem Wege geräumt, welche mit dem Begriffe „Gift" verbunden waren. Dieser volkstümliche Ausdruck hat sich bisher naturwissenschaftlich nicht strenge abgrenzen lassen. Am treffendsten ist m. E. die Definition Hofmanns[1]): „Unter Gift versteht man Substanzen, welche, schon in verhältnismäßig kleiner Menge in den Organismus gebracht, auf andere als mechanische oder thermische Weise die Gesundheit zu schädigen oder den Tod herbeizuführen vermögen." Hofmann erkennt selbst an, daß dieser Begriff vom streng toxikologischen Standpunkte manchen Einwand zulasse[2]), und daß er nur dem allgemeinen Sprachgebrauche entspreche. Zweifelhafte Fälle, wie z. B. die Einimpfung von „Syphilisgift", von Tuberkelbazillen, fallen um so sicherer unter den allgemeinen Begriff des Beibringens von Stoffen, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind; dahin gehören dann auch Trichinen, Diamantstaub, gestoßenes Glas, geschmolzenes Blei usw.[3])

Aus der Fassung des Gesetzes ergibt sich, daß das „Gift" als besonderer Fall jener „anderen Stoffe" erscheint, daß diejenige Eigenschaft des Giftes, auf die es allein ankommt, seine Eignung ist, die Gesundheit zu zerstören.[4])

Das Gift oder der Stoff muß also — selbstverständlich so, wie im konkreten Falle die Anwendung erfolgte[5]) — geeignet sein, „die Gesundheit

[1]) Gerichtl. Medizin S. 592f.; Hofmann basiert wieder auf Orfila, Casper u. a.

[2]) Vergl. das Gutachten der kgl. wissenschaftl. Deputation für das Medizinalwesen v. 24. März 1869, Nr. VII, welches sich wegen der Unmöglichkeit, den Begriff „Gift" chemisch oder medizinisch festzustellen, gegen die Beibehaltung dieses Wortes in dem heutigen § 229 RStrGB. aussprach.

[3]) Wenn Goltdammer, Materialien, II S. 429, die fortgesetzte Reichung von Branntwein an ein kleines Kind, mit der Absicht zu beschädigen (und natürlich in gesundheitszerstörender Quantität) ebenso wie die Reichung von pulverisiertem Glas ausschließen will, so liegt dem eben jener enge Giftbegriff zu Grunde, den das Gesetz vermeiden wollte; v. Liszt, S. 324, schließt ebenfalls „alkoholische Getränke aus"; ein Grund dafür ist nicht erfindlich.

[4]) So Motive zu Entw. III § 224; treffend Berner, Lehrb., S. 537; vergl. denselben, Gerichtssaal 1867 S. 7ff.; Geyer in v. Holtzendorffs Handb. III S. 562 und Hälschner II S. 104 (wo die älteren, jetzt überwundenen Meinungen angeführt sind), RG. (I) v. 14. Jan. 84, E. 10, 178.

[5]) In Theorie und Praxis war früher die Meinung vertreten, es komme auf die Umstände des konkreten Falles nicht an; der Tatbestand des § 229, also das vollendete Delikt, sei gegeben, wenn der beigebrachte Stoff auch nur abstrakt geeignet war, die Gesundheit eines Menschen, z. B. eines Säuglings, zu zerstören; so Hälschner II S. 105; Oppenhoff zu § 229 N. 3; v. Schwarze zu § 229 N. 5, vergl. Merkel S. 301; dagegen mit aller erforderlichen Deutlichkeit die Motive zu Entw. III § 224: „Vielmehr ist im einzelnen Falle mit Rücksicht auf die Qualität und Quantität

zu zerstören", d. h. in einem hohen Grade zu beschädigen; der Entw. III, § 224 sprach sogar nur von einer Eignung, die Gesundheit zu „beschädigen", ohne daß die Motive diese Abweichung vom preußischen StrGB. auch nur der Erwähnung wert gehalten hätten; jedenfalls aber genügt es, wenn der Stoff die Eignung hat, eine der schweren Folgen des § 224 herbeizuführen, also z. B. Lähmung des Bewegungsapparates oder unheilbares Siechtum. Ohne jeden Anhaltspunkt im Gesetze ist die Behauptung, daß das Gift geeignet sein müsse, das Leben zu zerstören.[1]) Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei bemerkt, daß der § 229 durch eine Lebensgefährdung nicht ausgeschlossen ist; ganz im Gegenteile: die Lebensgefährdung ist der normale Fall, den der Gesetzgeber vor Augen gehabt hat, und nur daraus, daß er die vorsätzliche Lebensgefährdung treffen wollte, läßt sich die Höhe der angedrohten Strafe begreifen[2]); aber er hat wieder einmal das, was er sich gedacht hat, nicht gesagt, so wie er z. B. in § 224 nicht zum Ausdruck gebracht hat, daß er die Strafe mit Rücksicht auf den dolo eventuali herbeigeführten schweren Erfolg ausmißt. Wenn wir also den Fall hätten, der mir von ärztlicher Seite als durchaus möglich bezeichnet wurde, daß ein Sachkundiger schädliche Stoffe in so kleinen und seltenen Dosen, oder sonst mit solcher Vorsicht beibringt, daß er eine Lähmung, Verblödung oder eine syphilitische Erkrankung[3]) herbeiführt, ohne daß das Leben des Verletzten unmittelbar[4]) gefährdet wäre, so müßten wir den Täter nach § 229 bestrafen.[5])

des beigebrachten Stoffes, auf die körperliche Beschaffenheit desjenigen, dem ein Stoff beigebracht worden ist, überhaupt mit Rücksicht auf die besonderen Umstände zu entscheiden, ob der Stoff ein gesundheitsschädlicher [nach dem Gesetze: ein gesundheitszerstörender] ist." Richtig RG. (I) v. 14. Jan. 84, E. 10, 178; Geyer in v. Holtzendorffs Hdb. III S. 562, IV S. 384; Binding, Normen, II S. 510 Anm. 747 und Lehrb., I S. 60; Rüdorff-Stenglein zu § 229 N. 4; v. Liszt S. 323; Frank zu § 229 III. — Natürlich kann bei Anwendung von in concreto unzureichenden Mitteln Versuch der Vergiftung vorliegen, wenn der Täter zureichende Mittel anzuwenden glaubt (s. unten); doch darf man die beiden Fragen nicht zusammenwerfen, wie es Olshausen zu § 229 N. 8, nach den von ihm zitierten Stellen zu urteilen, tut.

[1]) So Binding, Lehrb., I S. 60 und ihm folgend Gyr, Vergiftung, S. 13 ff., vergl. S. 39, der sich zuerst aus Binding seinen Giftbegriff holt, und dann den Ausdruck des Gesetzes „weniger präzise" findet. Auch die Auffassung v. Liszts ist nicht zutreffend; er sagt (Lehrb. S. 323): „Als Mittel fordert das Gesetz Stoffe, welche geeignet sind, die Gesundheit zu zerstören, also, wie Code pénal 301 sagt, mehr oder weniger rasch den Tod herbeizuführen". Das widerspricht dem System des RStrGB. Auch das dauernde Siechtum des § 224 ist geeignet, mehr oder weniger rasch den Tod herbeizuführen; und doch faßt es der Gesetzgeber nicht als Tötung auf. — Vergl. dagegen die treffenden Bemerkungen von v. Schwarze zu § 229 N. 1 u. 3 und von Olshausen zu § 229 N. 6.

[2]) Darin hat Binding, Lehrb., I S. 59 Anm. 1, vollkommen recht.

[3]) Dieser Fall ist bekanntlich kein „Problema", sondern praktisch vorgekommen.

[4]) Eine mittelbare Lebensgefährdung liegt in jeder Gesundheitsbeschädigung; aber ich muß wiederholen, daß das RStrGB. solche weitabliegende Möglichkeiten nicht beachtet; sonst wären wohl fast alle Fälle des § 225 als vorsätzliche Lebensgefährdungen zu bezeichnen.

[5]) Nach der gegnerischen Ansicht müßte in jedem Falle der Nachweis erbracht werden, 1. daß das Leben gefährdet war; 2. daß der Täter diesen Umstand in seinen Vorsatz aufgenommen habe.

Die **Handlung** besteht in dem **Beibringen** des schädlichen Stoffes; der Stoff muß mit dem Körper in solche Verbindung gebracht sein, daß er unmittelbar seine zerstörende Wirkung beginnen kann[1]); im übrigen ist es gleichgültig, ob das Gift durch den Mund (Einatmen, Essen, Trinken), den After (Klysma) oder eine andere natürliche Leibesöffnung oder durch Einstich in den Körper oder aber, etwa in Form eines giftigen Pflasters[2]), an den Körper gebracht wird. Gleichgültig ist es auch, ob der Täter selbst das Gift beibringt oder durch irgend eine Veranstaltung dafür sorgt, daß das Opfer es — ohne Kenntnis seiner Eigenschaft — sich selbst beibringe.[3])

Volle Übereinstimmung herrscht auch darüber, daß das Gesetz **nicht**, wie etwa die **Carolina**, **Heimlichkeit** des Vorganges voraussetzt. Auch wer das mit Krankheitskeimen infizierte Messer seinem Gegner in den Leib stößt, wer ihn zwingt, Gift zu nehmen, begeht dieses Verbrechen. Es kann daher sehr leicht im Affekt begangen werden, und in dieser Art ist auch ein Gifttotschlag ohne weiteres denkbar.[4])

Die Erweiterung des Giftbegriffes wie auch der Handlung hat es freilich bewirkt, daß die Vergiftung des § 229 nicht mehr durch jene charakteristische Note ausgezeichnet ist wie die der Carolina. Die Handlung muß nicht gefährlicher sein als ein Angriff mit Dolch und Revolver, sie muß nicht feige und verräterisch sein, ja sie kann aus gerechtem Zorn entspringen, wie die Tat Hamlets, der den König zwingt, aus dem Giftbecher zu trinken, den jener ihm zugedacht hatte.[5]) Der Vergiftungsbegriff des RStrGB. umfaßt in seiner charakterlosen Weite die Tat eines Hamlet und die Tat eines erbschleichenden Giftmischers. Bei Ausmessung der Strafen — durchwegs **Zuchthaus**, während bei Totschlag Gefängnis zulässig ist — war sich der Gesetzgeber dieses Umstandes wohl kaum bewußt.

Was den **subjektiven Tatbestand** betrifft, so muß der Täter „**vorsätzlich**" den objektiven Tatbestand verwirklichen[6]); er muß also vor allem **wissen**, daß er Gift oder einen anderen Stoff beibringt; deshalb ist der Beischlaf des ungebildeten Geschlechtskranken nicht hierherzurechnen, da er nicht die Vorstellung hat, daß er dabei einen schädlichen Stoff auf

[1]) Wenn das Gift, welches vom Magen aus wirken soll, in den Mund gebracht ist, aber sofort ausgespuckt wird, so ist es noch nicht „beigebracht"; so ausdrücklich Geyer in v. Holtz. Hdb. III S. 563; v. Schwarze S. 645 Anm. 8; Olshausen zu § 229 N. 5; Frank zu § 229, III und wohl die meisten, wenn auch nicht expressis verbis (natürlich liegt in dem gegebenen Falle Versuch vor); a. A. Rüdorff-Stenglein zu § 229 N. 5; Meyer S. 488.

[2]) Vergl. Gengler II S. 22.

[3]) Das letztere ist durchwegs herrschende Meinung.

[4]) Für das gemeine Recht war es kontrovers, ob die heimliche Giftreichung im Affekte geschehen könne; vergl. Gengler II S. 148ff. Für die offene Vergiftung ist die Frage außer Streit; vergl. das. S. 288.

[5]) Der Fall kann sich täglich in modernem Gewande wiederholen; vergl. das Beispiel am Ende dieses Abschnittes.

[6]) Die fahrlässige Vergiftung ist nicht ausgezeichnet und wird als fahrlässige KV. oder Tötung bestraft.

den anderen überträgt.[1]) Sodann muß der Täter wissen, daß der Stoff „die Gesundheit zu zerstören geeignet ist“[2]); oder im Sinne des RStrGB. gesprochen: der Täter muß den Vorsatz der schweren Gesundheitsgefährdung gehabt haben; d. h. den Vorsatz, die Gefahr einer „Zerstörung“ der Gesundheit herbeizuführen. Nicht erforderlich ist der Vorsatz der Lebensgefährdung[3]); aber er schließt den Tatbestand des § 229 nicht aus. Der preußische Gesetzgeber hatte, wie wir oben gesehen haben, bei der Formulierung dieses Tatbestandes den dolus eventualis in bezug auf die tödliche Folge geradezu vor Augen, er hat nur etwas weiter gegriffen; der Vorsatz der schweren Gesundheitsgefährdung schließt gleichsam als der weitere Begriff den Vorsatz der Lebensgefährdung in sich.

Das Gesetz verlangt aber außerdem, daß der schädliche Stoff dem anderen beigebracht werde, „um dessen Gesundheit zu beschädigen“; in dieser Richtung muß also Absicht im engeren Sinne vorliegen, ein Wollen des Erfolges wie in § 225; dolus eventualis genügt nicht. Die Absicht geht auf irgend eine, sei es leichte oder schwere Beschädigung der Gesundheit.

Damit ist der gesamte Tatbestand des vollendeten Verbrechens nach § 229 Abs. 1 gegeben; der Eintritt eines Erfolges ist nicht Voraussetzung der Vollendung[4]); der legislative Grund dieser Erscheinung ist oben mitgeteilt worden.

Wir haben es in § 229 mit einem von jenen Delikten zu tun, bei welchen der Gesetzgeber die technische „Vollendung“ in einem unnatürlich frühen Stadium festgelegt hat; kennzeichnend dafür ist, daß die Absicht über den objektiven Tatbestand hinausgehen muß, während bei normaler Struktur der dolus nur den objektiven Tatbestand umfaßt. Alle Nachteile dieses groben technischen Fehlers[5]) zeigen sich auch hier; zwei Fragen seien besonders hervorgehoben.

Vorerst stand es nicht außer Zweifel, ob ein Versuch der Vergiftung überhaupt denkbar sei, da der Gesetzgeber schon eine Versuchshandlung als vollendetes Verbrechen hinstellt, der Versuch der Vergiftung also gleichsam ein Versuch des Versuches wäre. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber in § 229 nicht wie etwa in § 82 (Hochverrat) jeden

---

[1]) De lege ferenda muß es natürlich gleichgültig sein, wie sich der Täter den Vorgang bei der Ansteckung vorstellt, wenn er nur weiß, daß er ansteckt. — Kennt der Geschlechtskranke den Vorgang bei der Ansteckung und hat er überdies die Absicht (s. unten) anzustecken, dann liegt allerdings auch de lege lata Vergiftung vor.

[2]) Dies sagen ausdrücklich die Motive zu Entw. III § 224: „daß dem Täter die schädliche Eigenschaft bewußt gewesen sein muß, folgt aus dem allgemeinen Grundsatze des § 57 [jetzt § 59]“.

[3]) Lebensgefährdungsvorsatz verlangt Binding, Normen II S. 519 ff. und ihm folgend Gyr, Vergiftung S. 30 ff.

[4]) Wenn leichte KV. eintritt, so ist dies höchstens ein Strafzumessungsgrund.

[5]) Vergl. darüber neuestens die sehr interessanten Untersuchungen von Binding, Lehrb. I S. 11 ff.

Versuch schlechthin als vollendetes Verbrechen behandelt, sondern nur den Versuch in einem weit vorgeschrittenen Stadium, den sog. beendeten Versuch[1]); das Gift muß bereits dem Opfer „beigebracht" sein. Ein Versuch der Beibringung des Giftes wäre auch bei naturgemäßem Aufbau des Deliktes Versuch der Vergiftung; wir haben also keinen Anlaß, ihn straflos zu lassen; das ist jetzt herrschende Meinung.[2]) Es ist also nach der subjektiven Versuchstheorie ein strafbarer Versuch der Vergiftung nach § 229 Abs. 1 gegeben, wenn der Täter die Absicht der Gesundheitsbeschädigung und die Meinung gehabt hat, daß der Stoff die Gesundheit zu zerstören geeignet ist („Gefährdungsvorsatz"), tatsächlich aber Stoff von in concreto nicht ausreichender Qualität und Quantität beigebracht hat[3]), oder wenn ihm die Beibringung nicht gelungen ist.

Die zweite Frage ist, ob der Satz über die Straflosigkeit des Versuches bei freiwilliger Abwendung des Erfolges (§ 46 Nr. 2 RStrGB.) anzuwenden ist, wenn der Täter nach Beibringung des Giftes ein Gegengift reicht und so jeden Schaden verhütet; diese Frage läßt sich überhaupt nicht befriedigend lösen. Die einen sagen, es liege ja formell ein vollendetes Verbrechen vor, auf welches die Regeln vom Versuche nicht Anwendung finden können[4]), wenn sie auch zugeben müssen, daß die entgegengesetzte Ansicht „an sich der Gerechtigkeit gemäß", „innerlich durchaus gerechtfertigt" sei[5]); die anderen lassen den Versuchscharakter des Deliktes durchschlagen und wenden daher den § 46 direkt oder per analogiam an[6]), wobei sie zugeben müssen, daß die gegnerische Ansicht „formell unanfechtbar" sei.[7])

In einem gewissen Zusammenhange damit steht die weitere Frage, ob der Tatbestand des § 229 subsidiär eintritt, wenn bei einem Giftmordversuch der Täter das Gift bereits beigebracht hat, dann aber durch Gegengift jeden

---

[1]) Vergl. Binding a. a. O.; Hälschner II S. 106.

[2]) Vergl. RG. (I) v. 9. Nov. 93, E. 24, 382; über die Kontroverse des preußischen Rechtes vergl. Geyer in v. Holtz. Hdb. III S. 563 Anm. 10 und Hälschner a. a. O. Gegen die Möglichkeit eines Versuches ist noch v. Schwarze zu § 229 N. 4.

[3]) Vergl. die in der vorigen Anm. angeführte Entsch. und dazu RG. (I) v. 14. Jan. 84, E. 10, 178; in dem letzteren Falle hatte der Täter 11 sog. „Liebesplätzchen" mit Brechweinstein getränkt und so verlockend hingelegt, daß er annahm, das Opfer werde eines davon essen, die übrigen des schlechten Geschmackes wegen stehen lassen; der Täter beabsichtigte, ein tüchtiges Erbrechen zu verursachen. Das Reichsgericht nahm mit Recht an, daß kein Vergiftungsversuch vorliege, da die Quantität Brechweinstein, welche der Täter beibringen wollte, weder objektiv noch nach seiner Meinung geeignet war, die Gesundheit zu zerstören; es lag daher (strafloser) Versuch einer leichten KV. vor. Anders in dem ersteren Falle, wo der Täter mit 6 bis 7 Phosphorköpfen von Zündhölzchen vergiften wollte, die er irrig für gesundheitszerstörend hielt.

[4]) So die vorwiegende Meinung; Oppenhoff zu § 229 N. 8; Geyer in v. Holtz. Hdb. III S. 563; Schütze S. 404 Anm. 10; Merkel in v. Holtz. Rechtslexikon III 2 S. 1026; Meyer S. 447; v. Liszt S. 324; Olshausen zu § 229 N. 1; Frank zu § 229 N. III, IV.

[5]) So Geyer und Frank a. a. O.

[6]) Vergl. Hälschner II S. 107; v. Wächter S. 345 f.; v. Schwarze zu § 229 N. 4; Binding, Lehrb. I S. 60.

[7]) Binding a. a. O. Anm. 1.

Schaden verhütet; auch hier sind die Ansichten geteilt[1]); ich möchte mich für die Nichtanwendung des § 229 entscheiden. Der Gesetzgeber verspricht dem Mörder Straflosigkeit, wenn er den Tod des Opfers abwendet; es heißt nicht ehrlich Wort halten, wenn dann der Täter plötzlich unter dem Titel der Lebens- oder Gesundheitsgefährdung haftbar gemacht wird, nachdem er den Schaden verhütet hat. Wenn A den B ins Wasser wirft und ihn aus höchster Todesgefahr wieder rettet, erwirbt A sich die Straflosigkeit; sollen wir, weil zufällig die Gefährdung durch Gift als delictum sui generis statuiert ist, anders entscheiden, so müßte ein formeller Zwang dazu da sein; den kann ich aber nicht finden. Bei Mordversuch liegt Tötungs**absicht** vor; im Falle des § 229 darf Tötungsabsicht **nicht** vorliegen, wie wir noch sehen werden; es besteht also eine formelle Verschiedenheit des subjektiven Tatbestandes. Der § 229 ist nur auf wissentliche Gefährdung gemünzt, wir dürfen ihn also nicht auf Tötungsabsicht anwenden. Wir erhalten dann freilich das böse Resultat, daß das Beibringen von Gift durch Abwendung des Erfolges straflos werden kann, wenn der Täter die Tötungsabsicht hatte, nicht aber — wenigstens nach der herrschenden Meinung — dann, wenn er bloß die Absicht hatte, die Gesundheit zu beschädigen. Doch das letztere Resultat ist eben die Folge eines technischen Fehlers, innerlich durch nichts gerechtfertigt, und wir dürfen diesen Fehler nicht noch weitere Kreise ziehen lassen.[2])

Nun beginnen erst die Komplikationen. Der Gesetzgeber hat nämlich das bisher behandelte Delikt des § 229 Abs. 1, ähnlich wie die leichte KV. des § 223, als **Grunddelikt** benützt, und im Absatz 2 des § 229 zwei qualifizierte Fälle dieses Grunddeliktes aufgestellt, und zwar 1. wenn durch die Handlung eine **schwere** KV.; 2. wenn durch sie der **Tod** verursacht worden ist. Äußerlich gleichen diese Formulierungen den in den §§ 224 und 226 verwendeten; sie haben aber, wie wir sehen werden, eine etwas geänderte Bedeutung.

„**Ist durch die Handlung eine schwere KV. verursacht worden ....**"; von einer zufälligen oder fahrlässigen Verursachung der schweren KV. kann hier vermöge der Eigenart des Grunddeliktes keine Rede sein; denn der Täter muß ja wissen, daß der beigebrachte Stoff die Gesundheit

[1]) Für die Bejahung **Geyer** bei v. Holtz. Hdb. III S. 564; IV S. 384 (mit einem Urteil des Berliner Obertribunals); **Schütze** S. 404 Anm. 10; **Rüdorff-Stenglein** zu § 229 N. 5; v. **Liszt** S. 324 Anm. 2; **Meyer** S. 489; vergl. v. **Wächter** S. 346; dagegen **Berner** S. 537; **Binding**, Normen II S. 520 Anm. 747 u. Lehrb. S. 60; **Hälschner** II S. 104 Anm. 3; **Olshausen** zu § 229 N. 9; **Frank** zu § 229 N. IV. Sehr instruktiv **Thomsen** im Gerichtssaal 1878 S. 100f.

[2]) Im Falle des § 229 hat der Gesetzgeber wohl nicht beabsichtigt, den Rücktritt vom Versuch auszuschließen, sondern es handelt sich um die nicht bedachte Folge eines technischen Fehlers (vergl. **Geyer** in v. Holtz. Hdb. III S. 563); wäre aber der Effekt beabsichtigt gewesen, so hätte die Konsequenz erfordert, daß der bis zum Beibringen des Giftes gediehene Giftmordversuch ebenfalls als vollendetes Verbrechen des Mordes gelte; die Anwendung des § 229 auf diesen Fall entspricht also nicht einmal der Konsequenz. Treffend **Berner** S. 537.

zu zerstören, also eine schwere KV. zu erzeugen, geeignet ist. In bezug auf den schweren Erfolg liegt also mindestens sog. dolus eventualis vor; daraus erklärt sich auch teilweise, daß der Gesetzgeber bei Eintritt dieses Erfolges das Minimum der Strafe auf 5 Jahre Zuchthaus ansetzt. Es ist aber auch der Fall inbegriffen, daß der Täter den schweren Erfolg im Sinne des § 225 beabsichtigt hat; die Wendung: „um dessen Gesundheit zu beschädigen" schließt die Absicht auf schwere Schädigung keineswegs aus; und der Strafsatz von 5—15 Jahren Zuchthaus ist mehr als ausreichend.[1]) Ist dies richtig, dann gibt es auch einen Versuch der schweren KV. durch Vergiftung, strafbar nach § 229 Abs. 2 und § 44 RStrGB., charakterisiert durch die Absicht auf den schweren Erfolg und das Ausbleiben desselben[2]), wobei es gleichgültig ist, ob das Gift bereits beigebracht war oder nicht. Von diesem Versuche gibt es einen straflosmachenden Rücktritt; doch fällt der Zurücktretende, wenn das Gift schon beigebracht war, unter den ersten Absatz des § 229.[3])

„Wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden ....."; hier ist zufällige und fahrlässige Verursachung denkbar; der Täter glaubte, nur die Gesundheit zu zerstören, und hat unmittelbar getötet; das Strafminimum von 10 Jahren Zuchthaus ist für diese Fälle, die mit Affekt kombiniert sein können, enorm. Gemünzt ist der Strafsatz, wie wir aus der Entstehungsgeschichte des preußischen StrGB. sehen können, auf Tötung mit sog. dolus eventualis; dagegen war die Tötungsabsicht im preußischen StrGB. durch das letzte Alinea des § 197 ausdrücklich ausgeschlossen, und diese Bestimmung wurde offenbar nur aus dem Grunde im RStrGB. gestrichen, weil sie selbstverständlich schien, da jetzt die Absicht in § 229 RStrGB. ausdrücklich auf Gesundheitsbeschädigung beschränkt ist; es ergibt sich daher als erstes Resultat: Wenn Absicht (im engeren Sinne) auf Tötung vorhanden war, dann ist § 229 ausgeschlossen[4]); es gibt also auch keinen Gifttötungsversuch nach § 229.

[1]) Für die oben vertretene Ansicht Schütze S. 404; v. Wächter S. 347; Binding, Lehrb., S. 60 unten; vergl. meine Schuldformen, S. 276f.; Thomsen, Versuch, S. 155; dagegen Hälschner II S. 104 Anm. 3 (in Widerspruch freilich mit S. 106 Anm. 2 und mit seinen früheren Ausführungen im System des preuß. Strafr. II S. 170); v. Schwarze zu § 229 N. 3, 9 und Olshausen zu § 229 N. 9, welche Idealkonkurrenz zwischen §§ 229 und 225 für möglich halten.

[2]) So selbstverständlich Schütze und v. Wächter a. a. O. und Thomsen S. 156; nicht aber Binding (der ja auch bei § 225 keinen Versuch annimmt). Zweifelnd Hälschner II S. 106f., der früher entschieden für die Möglichkeit des Versuches war; a. A. Oppenhoff zu § 229 N. 10; Rudorff-Stenglein zu § 229 N. 5.

[3]) Über den Fall, wo der Täter durch einen Versuch des Beibringens von Gift schwer verletzt oder tötet, vergl. v. Liszt S. 324; Binding, Lehrb. I S. 61; Olshausen zu § 229 N. 8; Thomsen, Versuch, S. 157 und oben S. 276 Anm. 1 Abs. 2.

[4]) Ich muß meine frühere Ansicht (Schuldformen S. 276) richtigstellen; vergl. Schütze S. 403 Anm. 6, 404; v. Schwarze zu § 229 N. 3, 9; Thomsen im Gerichtssaal 1878 S. 99; Hälschner II S. 104 Anm. 3; v. Liszt S. 324; und mit besonders klarer Unterscheidung von Vorsatz und Absicht Frank zu § 229 IV. Dagegen (Andreas) Thomsen, Versuch, S. 150ff., der sogar einen Versuch der durch tödliche Folge qualifizierten Vergiftung anerkennt.

Schwierig ist die Sache beim Tötungsvorsatz; der Gesetzgeber hat an Tötung mit dolus eventualis gedacht, dieser Fall wäre also einzubeziehen [1]); es ist aber klar, daß der überlegte Vorsatz nicht einbezogen werden kann, weil das eine Privilegierung des Giftmordes bedeuten würde.[2])

Alle diese Resultate sind höchst zweifelhaft, weil sie oft nur formellen Erwägungen entspringen; denn „von einer ratio ist in der ganzen irrationellen Materie kaum zu sprechen“, wie Geyer[3]) richtig bemerkt. Die Planlosigkeit des Gesetzgebers zeigt sich aber am deutlichsten, wenn wir den Strafsatz für die Vergiftung mit tödlichem Ausgange in Vergleich setzen mit dem des (allgemein als möglich angesehenen) Gifttotschlages.[4]) A hat entdeckt, daß seine Frau ihm ein Opiat in den Kaffee geschüttet hat, um ihn bewußtlos zu machen und sich ihrem Liebhaber ungestört hingeben zu können; im aufwallenden Zorne zwingt er sie, das Gift selbst zu trinken, und sie stirbt daran. Hat A die Absicht gehabt, seine Frau zu töten, dann geht es ihm gut; er wird wegen Totschlag verurteilt, kann mildernde Umstände zugebilligt erhalten und nach § 213 im günstigsten Falle mit 6 Monaten Gefängnis davon kommen; hat er aber nur die Absicht gehabt, die Gesundheit seiner Frau zu beschädigen, dann geht es ihm schlecht; er kann nicht weniger als zehn Jahre Zuchthaus bekommen.[5])

Die Bestimmungen des § 229 wurden in den Jahren 1898—1903 alljährlich auf 7—9 Personen angewendet; diese minimale Zahl zeigt, daß es so sinnloser Strenge nicht bedarf.

B. Das ausländische Recht.

Das englische Recht behandelt die Vergiftung in ähnlicher Weise wie das RStrGB., jedoch ohne dessen übertriebene Strenge; auch ist zu beachten, daß das Verhältnis zu den in England viel strengeren allgemeinen Strafbestimmungen gegen Tötung und KV. ein ganz anderes ist. Dem ersten Absatz des § 229 RStrGB. entspricht der § 24 der OPA.[6]): „Whosoever shall unlawfully and maliciously administer to . . . any other person any

[1]) So insbes. Frank a. a. O.; dagegen v. Wächter S. 347; Oppenhoff zu § 229 N. 6; Binding, Lehrb. 59, 61 (trotzdem er den Vorsatz der Lebensgefährdung fordert; für Binding sind eben Gefährdungsvorsatz und Verletzungsvorsatz qualitativ verschieden).

[2]) Vergl. oben S. 257 f.

[3]) In v. Holtzendorffs Handbuch III S. 562 Anm. 7.

[4]) Vergl. oben S. 303 Anm. 4.

[5]) Über das Verhältnis des § 229 zu den §§ 212, 213, 216 und 217 handelt Thomsen im Gerichtssaal 1878 S. 99 ff.; nach Berücksichtigung aller möglichen und unmöglichen Auffassungen des § 229 kommt Th. zu dem Resultate: „Man mag sich drehen und wenden, wie man will: stets bringt das Verhältnis des § 229 zu den Bestimmungen über Tötung theoretische und praktische Schwierigkeiten mit sich, welche nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung als unlösbar sich darstellen.“ Vergl. Binding, Lehrb. I S. 61.

[6]) Stephen, Art. 260 b. Bezüglich der Strafe s. die Anmerkung im folgenden unter „Strafe“.

poison or other destructive or noxious thing, with intent to injure, aggrieve or annoy such person, shall be guilty of misdemeanor" — Strafmaximum drei Jahre penal servitude. Der zweite Absatz des § 229 findet seine Parallele in § 23 der OPA.: „Whosoever shall unlawfully and maliciously administer to .... any other person any poison or other destructive or noxious thing, so as thereby to endanger the life of such person, or so as thereby to inflict upon such person any grievous bodily harm, shall be guilty of felony ...." Strafmaximum 10 Jahre penal servitude.[1]) Bei tödlichem Erfolg ist selbstverständlich murder gegeben.

Im Entw. der Vereinigten Staaten folgt eine völlige Gleichstellung des Giftes mit anderen gefährlichen Sachen (Feuergewehren u. dgl.); §§ 269, 281, 283.

Frankreich. Zur Ergänzung der Bestimmungen des Art. 301 über das empoisonnement[2]) (ungefähr als „Giftmord" zu übersetzen) wurden durch das Gesetz v. 28. April 1832 dem Art. 317 drei Absätze angefügt: „Celui qui aura occasionné à autrui une maladie ou incapacité de travail personnel, en lui administrant volontairement, de quelque manière que ce soit, des substances qui, sans être de nature à donner la mort, sont nuisibles à la santé, sera puni etc."[3])

Dieses Delikt ist vollendet mit dem Eintritt der Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit; der Versuch ist straflos[4]) — während bei dem empoisonnement des Art. 301 die technische Vollendung des Verbrechens schon im Versuchsstadium eintritt und der freiwillige Rücktritt wirkungslos bleibt.[5]) Der Zusammenstoß dieser beiden Extreme der Sinnlosigkeit bei ganz gleichartigen Fällen mag zeigen, wie wenig die von der Norm abweichende Behandlung des Versuches bei der Vergiftung etwa in der besonderen Eigenart dieses Verbrechens begründet ist.

Auch sonst ist dieses Delikt zu Art. 301 schlecht gestimmt. Der Gegensatz besteht darin, daß Art. 301 eine „substance qui peut donner la mort", Art. 317 nur eine substance nuisible voraussetzt; daß weiter in Art. 301 der dolus auf Tötung, in Art. 317 aber auf Beibringung der schädlichen Substanz gerichtet ist. Das objektive Moment kann aber sehr wohl mit dem subjektiven nicht übereinstimmen; es kann Tötungsversuch

[1]) Vergl. Stephen, Art. 259. — Die Entwürfe sind strenger. Entw. v. 1879, § 197 f.; Entw. v. 1880, § 543 f. — Über den Giftmordversuch s. O. P. A. § 11; Stephen, Art. 254 a.

[2]) Der Art. 301 lautet: „Est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne, par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites."

[3]) Vergl. Chauveau et Hélie 1379 ff.; Garraud 1632, 1641 ff.; Garçon zu Art. 317 N. 74 ff.

[4]) Das Grunddelikt ist ein délit; vergl. oben S. 285; Garçon a. a. O. N. 99.

[5]) Vergl. Garraud 1629 a, 1633 f; Garçon zu Art. 301 N. 24. Nebenbei bemerkt, war dieser Effekt nicht beabsichtigt, wie sich aus dem exposé des motifs klar ergibt.

mit bloß „schädlichen“ Substanzen vorkommen, aber auch Beibringung tödlicher Gifte, mit und ohne Tötungserfolg, aber ohne den auf Tötung gerichteten dolus; und es kann schließlich unter besonderen Umständen eine substance nuisible töten (z. B. einen Kranken). Alle diese Fälle hat das Gesetz nicht entschieden, und sie geben daher zu vielfachen Zweifeln Anlaß.

Im belgischen StrGB. sind die hier gerügten technischen Mängel behoben; das Gift erscheint demselben lediglich als ein besonders gefährliches Mittel, dessen Anwendung strengere Strafe im Gefolge hat, ohne zu einem Ausnahmsrecht zu führen.[1])

Ähnlich wie in Belgien ist der Rechtszustand in den Niederlanden; die Strafen der KV. können um ein Drittel erhöht werden, wenn sie vollbracht werden „durch Beibringung von für das Leben oder die Gesundheit schädlichen Stoffen“ (Art. 304 Z. 3).[2])

Anschließend Italien: Das Gift als Mittel der KV. ist seiner größeren Gefährlichkeit wegen[3]) mit erhöhter Strafe bedroht (Art. 373 Abs. 1).

Ebenso schärft das norwegische StrGB. § 232 die Strafe, wenn die KV. „mittels Gift oder sonstiger in hohem Grade gesundheitsgefährlicher Stoffe“ begangen wird.

Im Schweizer Entw. wurden die dem § 229 RStrGB. analogen Bestimmungen über Vergiftung gestrichen.[4])

Der russische Entw. enthält ebenfalls keine Sonderbestimmung.

Das geltende österreichische Recht kennt nur den Giftmord[5]), aber keine „Vergiftung“; der Entw. § 234 übernimmt den § 229 RStrGB., setzt die Strafen etwas herab[6]) und läßt durch tätige Reue den Schuldigen straflos werden.[7])

[1]) Vergl. Art. 397, 402 ff.

[2]) Ursprünglich stand im Entw. Art. 328 eine dem RStrGB. § 229 ähnliche Bestimmung. Der Bericht der zweiten Kammer bemerkte aber, es sei kein Grund vorhanden, den Versuch als vollendetes Delikt zu strafen. Wegen der Größe der Gefahr und der besonderen Bosheit des Täters solle aber das Strafmaximum erhöht werden. Smidt II S. 455 f.

[3]) Vergl. die relazione Zanardelli zu Art. 365 N. 3 (Entw. Art. 346 N. 3).

[4]) Verhandlungen I S. 362 ff.; vergl. Stooß, Grundzüge II S. 28. — Die Tötung mittels Gift ist im Entw. Art. 60 Abs. 2 als Mord behandelt; vergl. darüber Gyr, Vergiftung S. 17 ff.

[5]) Der Giftmord erscheint als homicidium proditorium; der § 135 nennt unter den Arten des Mordes „1. Meuchelmord, welcher durch Gift oder sonst tückischerweise geschieht“. Der Unterschied kommt bei den Strafen der entfernten Mitschuldigen oder Teilnehmer und bei der Strafe des Versuches zur Geltung (§§ 137 f.).

[6]) Es bleibt jedoch auch hier dabei, daß „Vergiftung“ mit tödlichem Ausgange strenger strafbar ist als der Gifttotschlag; erstere ist mit Zuchthaus von 5—20 Jahren, letzterer wäre als Totschlag (§ 217) mit Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter drei Jahren strafbar.

[7]) Vergl. Bemerkungen S. 303.

7. Die Schlägerei.

Literatur: Abegg im Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge, 1836 S. 171 f., 1837 S. 449 ff. und 1857 S. 212 ff.; Berner, Die Lehre v. d. Teilnahme a. Verbr. 1847 S. 358 ff.; Goltdammer in seinem Arch. 10 (1862) S. 620 ff.; Heimberger, Die Teilnahme a. Verbr. 1896 S. 47 ff. und passim; John in v. Holtzendorffs Rechtslexikon Art. Raufhandel, und in seinem Entw. eines StrGB. S. 478; Kraus, Gerichtssaal 4. Jahrg. (1852), Bd. 2 S. 129 ff. und Archiv N. F. 1853 S. 74 ff.; Luden, Abhandlungen II 1840 S. 262 ff.; Reuter, Der Raufhandel (Breslauer Abh. Heft 22), 1899; Marti, Der Raufhandel, Berner Diss. 1891; Schütze, Die notwendige Teilnahme a. Verbr. 1869 S. 128 ff., 151 f.; v. Wächter, Neues Archiv des Kriminalrechts 14 (1834) S. 102 ff.

A. Dogmengeschichte.

Die Bestimmungen des § 127 RStrGB. erfordern bei einer künftigen Reform besondere Aufmerksamkeit. Ihre theoretische Grundlage ist auf den ersten Blick völlig unklar. Verständlich wird das Gesetz nur aus seiner Entstehungsgeschichte[1]), die hier folgt.

1. Die Postglossatoren.

Die zahlreichen Schlägereien, welche sich in dem rauflustigen Mittelalter zutrugen, brachten den Praktikern des Strafrechtes zwei wichtige, schwer zu beantwortende Fragen.

Es ist jemand in einer Schlägerei durch eine Verletzung getötet worden; man kennt seine Gegner, aber man weiß nicht, wer von denselben die Wunde geschlagen hat. Sollte man alle laufen lassen — darunter auch den Schuldigen — oder sollte man alle Verdächtigen bestrafen, damit der Schuldige sicher nicht entkomme?

Oder es ist jemand durch Zusammenwirken mehrerer Verletzungen gestorben. Nach der damals herrschenden Kausalitätstheorie war nur derjenige einer Tötung schuldig, der eine letale Wunde zugefügt hatte, d. h. eine Wunde, die bei regelmäßigem Verlaufe stets den Tod herbeiführt. Wie

[1]) Die nachstehenden Ausführungen halten sich strenge an den Zweck, die Grundlagen des geltenden Rechtes zu geben. Rein geschichtliche Erörterungen sind auch hier ferngehalten, und deshalb ist auch das ältere germanische Recht nicht berücksichtigt. (Vergl. darüber Wilda, Strafrecht d. Germanen, S. 609 ff.; Brunner, Deutsche Rechtsg. II S. 565 ff.; Günther, Körperverletzung S. 207 ff.; Schütze, Notwend. Teiln. S. 128 ff.) — Wieweit die Postglossatoren bei ihrer Verarbeitung des römischen Quellenmateriales von germanischer Anschauungsweise auch in unserer Frage beeinflußt waren, das zu untersuchen wäre eine sehr schwierige Aufgabe. Eine Einzelheit folgt unten.



nun, wenn der Gefallene von verschiedenen Teilnehmern an der Schlägerei solche letale Wunden empfangen hatte, die zusammenwirkend den Tod noch rascher herbeiführten, als es jede einzelne getan hätte? Und wie erst, wenn keine der Wunden an sich tödlich war, aber durch das Zusammenwirken derselben der Tod eintrat? Sollte man im letzteren Falle wirklich der theoretischen Überzeugung folgen und erklären: diesen Tod hat eigentlich niemand verursacht?[1])

Die Beantwortung solcher Fragen erfolgt aus dem Geiste der Zeit[2]); diesem aber entsprach es nicht, eine Missetat ungesühnt zu lassen, wenn man den engen Kreis von Personen kannte, aus dem die Ursache des Todes gekommen war, einen Kreis, der überdies durch allerlei ungeklärte Bande der Mitschuld zu einer Art von Einheit verknüpft schien. Das Resultat war eine Vermittelung der Gegensätze; man half sich, wie man dies auch sonst tat, mit einer Verdachtstrafe, einer poena extraordinaria, die zwar geringer war als die poena ordinaria, dafür aber mehrfach erstanden wurde, so daß das Gleichmaß zwischen Verbrechen und Sühne gewahrt schien. Der Weg zu diesem Resultate war allerdings voll von Zweifeln und Schwierigkeiten.

Das römische Recht bot keine sichere Entscheidung der Frage. Man berief sich vorwiegend auf drei Pandektenstellen, und zwar zwei aus dem Titel ad legem Aquiliam, eine aus dem Titel ad legem Corneliam de sicariis et venef.

Ulpianus in l. 11 § 2 D. ad. l. Aqu. 9, 2: Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. Et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Julianus ait . . . .

Julianus in l. 51 D. eod.: Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit: . . . . igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri. Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt . . . . Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur (folgt ein sehr hinkender Vergleich).[3])

---

[1]) Dies fordert tatsächlich auf Grund der alten Kausalitätstheorie Temme, Kritik des Entw. etc. II (1843) S. 262.

[2]) Vergl. Schütze, Notwend. Teiln. S. 129.

[3]) Die Stelle ging u. a. fast wörtlich in den Klagspiegel über; s. Brunnenmeister, Quellen der Bambergensis S. 191.

Gegen die Heranziehung dieser Stellen wurde allerdings geltend gemacht, daß sie nur „locum habent quando civiliter agitur ex lege Aquilia".[1]) Aber das Argument, daß Verbrechen nicht ungesühnt bleiben sollen, hat offenbar großen Eindruck gemacht, da es unausgesetzt variiert wird.

Das entgegengesetzte Resultat ergibt die strafrechtliche Stelle:

Paulus in l. 17 D. ad l. Corn. de sic. 48, 8. Si in rixa percussus homo perierit, ictus unius cuiusque in hoc collectorum contemplari oportet. (Vergl. Coll. leg. Mos. I, 7, 2.)

Die Glosse interpretiert diese Stelle aus den früher zitierten: Wenn es sich nicht aufklären läßt, quis occidendi animo percusserit, quis non, dann haften alle.

Die Postglossatoren waren in der Behandlung des Raufhandels uneinig. Am weitesten ging Bartolus[2]):

„Quandoque non potest apparere, cuius ictu quis decesserit, et hoc potest contingere duobus modis. Primo quia nullum vulnus per se erat mortale, sed vulnera utriusque simul juncta erant mortalia: isto casu omnes puniuntur de homicidio quia omnes occiderunt .... Quandoque non potest apparere, cuius ictu perierit, quia ignoratur, quis eorum illam percussionem fecerit. Constat enim, quod omnes percusserunt, sed non constat, quis eorum illam percussionem fecerit, quae est mortalis, nec constat de prioritate vel posterioritate. Et isto casu dico, quod omnes punientur, nam omnes praesumuntur simul vulnerasse sicut alibi, ubi de ordine non apparet, praesumuntur simul decessisse ...."

Gegen die Glosse und die Meinung „fast aller Doktoren" hatte sich schon vor Bartolus der sehr angesehene Kriminalist Albertus Gandinus erklärt.[3]) Er behandelt allerdings nicht ausdrücklich den Fall, wo durch das Zusammenwirken von Verletzungen der Tod entstanden ist. Für die übrigen Fälle bevorzugt er gemäß dem Fragment von Paulus die abge-

[1]) Vergl. Albertus Gandinus, Tractatus rubr. de homicidariis et eor. poen. cap. 12; Angelus Aretinus, De malef., rubr. et Andraeam Marci lanificem n. 22. Der Einwand wird durch Jahrhunderte immer wieder vorgebracht; vergl. die Motive zu § 153 des braunschweig. Krim.-Ges.-B.; Marti S. 4, 13.

[2]) Lectura in l. 17 D. ad l. Corn. de sic. 48, 8. Ich zitiere oben jenen Teil des § 11 dieser Abhandlung, welcher in der späteren Literatur zumeist als die Ansicht des Bartolus angeführt wurde. In Wahrheit machte Bartolus einen feinen Unterschied zwischen dem römischen Rechte und dem Statutarrechte. Vom Standpunkte des römischen Rechtes aus bekämpft er die Glosse (daselbst § 2, vergl. seine lectura zu l. 11 D. ad l. Aqu. 9, 2): Die lex Cornelia erfordere dolus, für die lex Aquilia genüge ja levissima culpa! „Sed secundum iura municipalia, quae puniunt homicidium tantum secutum, ista verba sunt valde dubia." Und später § 10: propositum secundum statuta Italiae non ita attenditur, sicut factum; ideo debemus dicere sic . . . folgt die im Text angeführte Stelle. Die letztere will also nur für das auf Erfolghaftung aufgebaute Statutarrecht gelten — und dann war die Heranziehung der Analogie aus den Entscheidungen betr. die lex Aquilia ja ganz gerechtfertigt. — Dem Bartolus folgt Joh. Petr. de Ferrariis, Praxis aurea, tit. 52 (forma inquis.) gl. 9 § 3.

[3]) Tractatus, rubr. de poenis reor. cap. 31, rubr. de homicidariis et eorum poenis, cap. 3, 12; er zitiert als seinen Vorgänger Albertus Papiensis.

sonderte Haftung jedes einzelnen für seine Tat. Nur wenn sich der Anteil des einzelnen nicht erheben ließ — plures homines interfecerunt alium sic, quod quilibet illorum hominum vulneravit, tamen nescitur, ex cuius vulnere ille homo sit mortuus, quia potest ille homo non habere nisi unum vulnus mortale — nur für diesen Fall läßt er alle gleichmäßig haften, aber nicht mit der poena ordinaria, der Todesstrafe, die auf Grund von Präsumtionen nicht verhängt werden dürfe; verum quia constat eos deliquisse, et quia maleficia non debent remanere impunita, ... debent praedicti puniri et damnari aliter arbitrio judicis. Es sollte also zur Sühne für die Tat — quia iura suadent ob maleficium salvi poenam, wie später Bonifacius de Vitalinis sagt — eine poena extraordinaria verhängt werden, im Sinne der Italiener eine angemessene Geldstrafe.

Im Kampfe der Meinungen blieb die Ansicht des Albertus Gandinus siegreich. Insbesondere schließen sich ihm an Bonifacius de Vitalinis[1]) und Angelus Aretinus.[2]) Wie sehr dieses Dreigestirn mittelbar und unmittelbar auf die Bambergensis eingewirkt hat, hat Brunnenmeister klar erwiesen.[3])

Einig sind die Italiener darüber, daß ein Zweifel nur möglich sei bei Verletzungen in rixa: „Nam si constaret eos tractasse, insultasse et percussisse et occidendi animum habuisse, tunc ex voluntate quam habuissent et ex facto postea subsecuto dicunt sapientes omnes ad mortem condemnandos" —[4]) „quia unus videtur de mandato alterius fecisse".[5])

---

[1]) Tractatus de malef., rubr. de insultu, percussione etc. c. 30 und rubr. quid sit accusatio, § 71. — Vergl. auch Durandus, Speculum l. 4 part. 4 de homic. § 5.

[2]) Tractatus de malef. rubr. et Andraeam Marci lanificem c. 19ff.; Brunnenmeister — sonst so gediegen und zuverlässig — irrt, wenn er (Quellen der Bamb. S. 192 A. 1 — mit ihm Heimberger, Teilnahme S. 4) behauptet, daß Angelus dem Bartolus folge. Dies geschieht nur in bezug auf die Frage der nicht letalen Wunden, die durch Zusammenwirken töten (c. 20), worüber sich Albertus Gandinus nicht geäußert hatte. Im übrigen gibt allerdings Angelus zunächst die Lehre des Bartolus und der Glosse mit allem Respekte wieder (c. 21), um sie sodann (c. 22) mit allem Respekte zu bekämpfen; er beruft sich ausdrücklich auf Albertus Gandinus („et ad hoc allego illum magnum practicum Gandinum") und wiederholt alle seine Argumente. Nec obstat illa glossa in d. l. si in rixa (= l. 17 D. 48, 8), quia est falsa secundum Gandinum, quia nemo ex praesumptionibus debet damnari etc. Daß er seine Meinung in echt scholastischer Weise als bloße Einschränkung der Lehre des Bartolus hinstellt, ist nur eine äußerliche Respektsbezeugung.

[3]) Mittelbar: Durch Einwirkung auf den Klagspiegel und die Wormser Reformation, welche Schwarzenberg für Art. 174 der C. C. B. benutzt haben dürfte; unmittelbar, da Schwarzenberg und seine Mitarbeiter die Werke der italienischen Juristen benutzten; vergl. Brunnenmeister, Quellen der Bamb. S. 135, 141f., 149, 188 bis 193, 253.

[4]) Albertus Gaudinus a. a. O. de homic. cap. 12.

[5]) Bonifacius de Vitalinis, rubr. quid sit accusatio, § 71; vergl. Angelus Aretinus c. 23. Entscheidend war also die Erwägung, daß die lex Cornelia de sic. schon den Versuch strafe (diesen Grund führt schon die Glosse zu l. 17 D. ad l. Corn. de sic. an), und zugleich eine richtige Ansicht über das Wesen der Mittäterschaft. Zitiert werden (nebst unvermeidlichem Füllsel) l. 7 Cod. ad l. Corn. de sic. 9, 16; l. 1 § 3 D. 48, 8; l. 5 Cod. de accus. 9, 2.

Es scheint auch nicht bestritten gewesen zu sein, daß, wenn ein autor tumultus et belli vorhanden war, er allein mit dem Tode bestraft werden sollte.[1])

Dieses war das Material, aus dem Schwarzenberg den Art. 174 der CCB. (= 148 CCC.) geformt hat.

2. Die Carolina.

Die CCC. behandelt die Schlägerei in dem berühmten Art. 148.[2]) Straff der jhenen, so eynander inn morden, schlahen vnd rumoren fürsetzlich oder vnfürsetzlich beistandt thun.

Item so etlich personen mit fürgesetztem vnd vereynigtem willen vnd mut jemandt bösslich zu ermorden einander hilff vnd beistandt thun, die selben thätter alle haben das leben verwirckt.[3]) So aber etlich person vngeschichts[4]) inn einem schlagen oder gefecht, beyeinander weren, eynander helffen, vnnd jemandt also on gnugsam vrsach[5]) erschlagen würde, So man dann den rechten thätter weiss, von des hand die entleibung geschehen ist, der soll als eyn todtschleger mit dem schwert zum todt gestrafft werden. Wer aber der entleibt durch mer dann eynen die man wüst geuerlicher weiss tödtlich geschlagen, geworffen oder gewundt worden[6]), vnnd man kündt nit beweisslich machen, von welcher sonderlichen handt vnd thatt er ge-

---

[1]) Vergl. Albertus Gandinus, rubr. de defens. a reis fac. c. 11; Bonifacius de V. rubr. de insultu c. 30, rubr. quid sit accus. § 71; Angelus A., rubr. et Andraeam Marci lanif. c. 21. Diese Lehre fand ihre Hauptstütze in l. 6 Cod. ad leg. Jul. de vi publ. 9, 12. — Ungenau ist Brunnenmeisters Bemerkung (S. 189), daß diese Vorschrift durch die italienische Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts „als durch die communis opinio mißbilligt" bezeichnet werde. Der von B. zitierte Clarus (s. unten) § homicidium n. 39 sagt: Bene verum est, quod hoc casu, si appareat quis fuerit principalis auctor, sive inceptor rixae, contra eum ex hoc insurgit adeo valida juris praesumptio, ut ipse solus habeatur pro homicida, et possit forte secundum juris rigorem capite puniri (folgt Zitat der obigen l. 6. Cod.) . . . Hoc tamen apud nos non servatur, raro enim propter homicidium in rixa commissum condemnamus aliquem ad poenam mortis. In der Praxis — Clarus war zuletzt laut Vorrede Mitglied des Mailänder Senates — wich man also gerne von dem rigor juris ab. — Der „autor" ist identisch mit dem „Ursacher" der Carolina; vergl. Brunnenmeister a. a. O. S. 193 A. 1.

[2]) Hier zitiert nach Zoepfls Abdruck der editio princeps.

[3]) Der Fall der Mittäterschaft, mustergültig formuliert. Als trefflicher Kommentar hierzu, wie zu dem ganzen Art. 148, kann die Darstellung bei Clarus dienen (l. V., § homicidium, n. 37). (Clarus, der verständigste Jurist und beste Stilist unter den Italienern, schreibt nach der Carolina; er lebte 1525—1575.)

[4]) D. h. zufällig, von ungefähr; vergl. Art. 146.

[5]) Ohne genügende Ursache heißt so viel wie ohne genügende Entschuldigung; vergl. Art. 137ff., 150ff., 16 (richtig Böhmers Kommentar § II: „citra causam justificantem", ebenso die Theresiana: „ohne rechtliche Ursach", und mit eingehender Begründung Abegg im Arch. N. F. 1836 S. 186ff., u. 1837 S. 449ff., auch Kaufmann, das. 1837, S. 96f. — Ganz verfehlt v. Wächter N. Arch. 14 (1834) S. 109: „Der Täter wollte nicht Ursache des Todes sein" — und Berner, Teilnahme S. 379: „mit übereiltem Entschlusse"; vergl. Heimberger, Teilnahme S. 50). Eine „genugsame Ursache" war insbesondere die Notwehr, Art. 139f. War das Opfer in rechter Notwehr getötet worden, dann gab es keine Strafe für die an der Schlägerei Beteiligten. Anders nach RStrGB.!

[6]) D. h. man weiß, daß A, B, C je eine tödliche Wunde zugefügt haben; über den Beweis vergl. Art. 34.

storben wer, So sein die selben, so die verletzung wie obsteht gethan haben, alle als todtschläger vorgemelter massen, zum todt zu straffen. Aber der ander beistender, helffer vnd vrsacher[1]) straff halber, von welchs handt obbestimbter massen der entleibt nit tödtlich verletzt worden ist, auch so eyner in eyner auffrur oder schlagen entleibt würd, vnnd man mocht keynen wissenn dauon er als vorsteht verletzt worden wer, Sollen die vrtheyler bei den rechtuerstendigen vnd an enden vnd orten, wie hernach gemelt wirdet, radts pflegen, mit eröffnung aller vmbstennde vnd gelegenheyt solcher sachen, sovil sie erfarn künden, wann inn solchen fellen nach ermessigung mancherley vmbstennde, dass nit alles zu schreiben vnderschiedlich zu vrtheylen ist.

Es war herrschende Ansicht, daß in den zuletzt genannten Fällen, für welche die Todesstrafe nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, eine poena extraordinaria einzutreten habe und zwar auch für den auctor rixae.[2]) „Wo es sich aber befände, daß Etzliche nicht mit zugeschlagen, sondern unschuldig wären, die genießen ihrer Unschuld billich.“[3])

Die Carolina wirkte mit dieser Bestimmung mächtig auf die spätere Gesetzgebung ein; im Codex jur. bavarici crim. v. 1751, I, 3, § 10, ist sie inhaltlich ganz genau rezipiert; nur sind bei der poena extraordinaria „die Urheber des Geräuffs schärfer, als die anderen zu bestrafen“. In der CC. Theresiana v. 1768, Art. 85[4]), kehren selbst die Worte der Carolina wieder und nur in der Behandlung des „Anfängers und Urhebers“ greift dieses Gesetz auf die strengere Meinung zurück: gegen ihn ist „bewandten Umständen nach die ordentliche Strafe des Schwertschlages vorzunehmen“.[5])

3. Das preußische Recht.

Das Bindeglied zwischen dem gemeinen Rechte und dem RStrGB. bildet das preußische Recht.

Das allgemeine Landrecht von 1794 (II, 20) behandelt unsere Fragen, im Anschlusse an die gemeinrechtliche Wissenschaft, an zwei Stellen; und zwar zunächst im Zusammenhange mit dem Aufruhr:

„§ 171. Kann bei einem im Tumulte erfolgten Totschlage der eigentliche Täter nicht ausgemittelt werden: so soll gegen die Teilnehmer des Tumults, welche sich in dem Zeitpunkte des geschehenen Mordes in der Nähe des Orts, wo derselbe verübt worden, befunden haben, und mit Instrumenten, wodurch ein solcher Mord hat begangen werden können, ver-

---

[1]) S. oben S. 315 Anm. 1.

[2]) Gute Kommentare der Carolina liefern Carpzow, Practica I qu. 25 und Böhmer, Komm. zu Art. 148.

[3]) So August v. Sachsens „Verordnungen u. Konstitutionen des rechtl. Prozeß etc. (Dresden 1572) IV. pars, VII., wo die Fragen teilweise geregelt werden (offenbar im Anschlusse an die Consultationes Saxonicae, tom. 3, pars 4, qu. 13, n. 25ff.) Vergl. Carpzow a. a. O. n. 47f. — Nach RStrGB. heißt es einfacher: „mitgefangen, mitgehangen!“

[4]) Nach dem Vorgange der Ferdinandea v. 1656 Art. 64.

[5]) Weitere Nachweise aus deutschen Rechtsquellen bei Günther, Körperverl. S. 226ff., und besonders bei Heimberger, Teilnahme S. 64, 67, 71f., 73, 74f., 172, 176f., 180, 184.

sehen gewesen sind, nach Verhältnis des gegen sie obwaltenden Verdachtes[1]), vier- bis zehnjährige; gegen die Rädelsführer aber zehnjährige bis lebenswierige Festungs- oder Zuchthausstrafe stattfinden.

§ 172. Haben die Aufrührer den Tumult in der Absicht, einen Mord zu begehen, erregt: so treffen sie die unten § 839 sqq. bestimmten härteren Strafen."

Des weiteren behandelt das Landrecht unser Problem im Zusammenhange mit den Tötungen und KV. In §§ 839 ff. wird zunächst der Fall geregelt, daß „mehrere sich zur Ausführung eines Mordes verbunden haben"; der Rädelsführer wird gerädert, ebenso derjenige unter den übrigen Mitverbundenen, welcher den Mord wirklich ausgeführt hat; die Miturheber werden lebenslänglich eingesperrt; sodann fährt das Gesetz fort:

„§ 842. Kann der eigentliche Täter nicht ausgemittelt werden: so sind die sämtlichen Mitverbundenen, welche bei dem Morde selbst Hand angelegt haben, mit der Strafe des Schwertes zu belegen; den Rädelsführer aber trifft, auch in diesem Falle, die § 840 bestimmte Strafe des Rades von oben.

§ 843. Ist der Täter ausgemittelt: so soll gegen die übrigen Mitverbundenen, welche bei der Tat nicht Hand angelegt haben, nach Beschaffenheit ihrer sonstigen Mitwirkung, eine zehn- bis zwanzigjährige Zuchthaus- oder Festungsstrafe erkannt werden."

Bisher handelt das Gesetz von dem ersten Falle der CCC; nun geht es zur eigentlichen Schlägerei über:

„§ 844. Ist bei einer unter mehreren vorgefallenen Schlägerei ein Totschlag begangen worden: so finden in Ansehung des überführten Täters die Vorschriften des § 806 sqq. vom Totschlage statt.

§ 845. Haben mehrere dem Entleibten tödliche Wunden beigebracht: so ist von diesen derjenige, welcher zuerst[2]) von den tödlichen Werkzeugen gegen denselben Gebrauch gemacht hat, als Totschläger zu bestrafen.

§ 846. Gegen die übrigen, welche gleichfalls überführt sind, dem Entleibten tödliche Wunden beigebracht zu haben, soll, nach Verhältnis

[1]) Deutlicher konnte das Gesetz diese Strafe nicht als Verdachtstrafe charakterisieren. Je stärker der Verdacht, desto strenger die Strafe!

[2]) Es war im gemeinen Rechte eine alte Streitfrage, wer der eigentliche Täter sei, wenn mehrere tödliche Wunden nacheinander zugefügt wurden, und sowohl die einzelnen Urheber als die Zeitfolge bekannt waren. Das Landrecht entscheidet sich für die u. a. von Böhmer (Kommentar zu CCC Art. 148 § 3) vertretene, gewiß unrichtige Ansicht, welche den dem Tode Geweihten einem bereits Toten gleichstellt; treffend die Kritik dieser „Fiktion" in den Motiven z. preuß. Entw. v. 1827 Bd. III Abt. 2 (1829) S. 161 f.; Feuerbach (Lehrb. § 226) hat in dieser Frage seine Meinung unter Beziehung auf l. 11 § 3 D. ad leg. Aquil. 9, 2, geändert; vergl. v. Wächter, Lehrb. II S. 136; Berner, Teilnahme S. 362 ff.; Goltdammer, Materialien II S. 421 f. — Kurz und schlagend Carmignani, Elementi § 1001 und ihm folgend Carrara, Programma, parte speciale I § 1308: „qui siccome la mortalità della prima ferita è soltanto possibile, laddove e certa quella dell' altra".

ihres bösen Vorsatzes, zehnjährige bis lebenswierige Festungsstrafe erkannt werden.

§ 847. Diejenigen, welche sich keines an sich oder durch den gewählten Gebrauch tödlichen (§ 814) Gewehres bedient haben, sind, wenn sie dennoch einer tödlichen Verwundung überführt werden, mit sechs- bis zehnjähriger Festungs- oder Zuchthausstrafe zu belegen.

§ 848. Wie ein im Tumulte, ohne vorhergegangene Konspiration, verübter Totschlag bestraft werden solle, ist im vierten Abschnitte § 169 sqq. verordnet."

Die Entwürfe zum preußischen StrGB. v. 1851 bewegen sich, ebenso wie die gleichzeitigen Strafgesetze und Entwürfe der anderen deutschen Staaten, zunächst auf dem Boden des gemeinen Rechtes.[1]) Die verunglückte Kausalitätstheorie des § 845 Allg. Landr. wird beseitigt; alle jene, welche den Entleibten „lebensgefährlich" verletzt haben, haften gleichmäßig als Urheber der Tötung; wurden die Verletzungen nur durch ihr Zusammenwirken tödlich, so tritt geringere Strafe ein; kennt man die Täter nicht, so bleibt es bei der Verdachtstrafe des Landrechts, dessen sonderbare, an mathematische Proportionalität anklingende Strafzumessungsnorm („nach Verhältnis des obwaltenden Verdachtes") noch im Entw. v. 1836 § 404 wiederkehrt.

Der Entw. v. 1843 § 306 bestimmt in dieser Beziehung: „. . . Eben diese Strafe [zwei- bis zehnjährige Strafarbeit oder Zuchthausstrafe] trifft in dem Falle, wenn der Urheber der tödlichen Verletzung nicht zu ermitteln ist, diejenigen Teilnehmer, welchen die Tat nach den obwaltenden Umständen beigemessen werden kann."

Gegen die letztere Bestimmung macht nun die „Revision des Entw. d. StrGB. v. 1843" (Bd. II 1845 S. 121f.) entschieden Front. Die Ausführungen der „Revision" sind um so bedeutsamer, als sie uns den gesetzgeberischen Gedanken enthüllen, welcher dem heutigen § 227 Abs. 1 des RStrGB. zu Grunde liegt. Im § 306 des Entw. v. 1843, heißt es da, „werden gewissermaßen solidarisch diejenigen als Teilnehmer an den Verletzungen bestraft, welchen überhaupt eine aktive Teilnahme an den Verletzungen beigemessen werden kann. Diese Bestimmung enthält ein Surrogat des mangelnden Beweises durch eine Art außerordentlicher Strafe, der es an einem zureichenden Grunde fehlt". Es sei daher Temme zu billigen, der sich gegen diesen Satz ausspreche.[2])

---

[1]) Benutzt sind im folgenden die Entwürfe von 1827f., VIII. Abschn. § 20f.; dazu Motive Bd. III Abt. 2 (1829) S. 161f.; E. 1830 § 235f.; E. 1833 § 279f.; E. 1836 § 403f.; E. 1843 §§ 306, 324. — Vergl. die „Zusammenstellung der Strafges. auswärtiger Staaten" III (1839) S. 58ff.

[2]) Temme, Kritik des Entw. d. StrGB. f. d. preuß. Staaten II (1843) S. 260ff., bietet eine wohlbegründete Verurteilung der Sonderbestimmungen für den Raufhandel, verweist auf die Motive des braunschweigischen StrGB., will aber weiter gehen und nach dem Muster des französischen Rechtes den § 306 des Entw. gänzlich streichen.

„Schwierigkeiten des Beweises allein können keine Strafsanktion rechtfertigen, welche materiell unbegründet ist."[1])

Die „Revision" geht nun die einzelnen deutschen Strafgesetze durch. Den Preis theoretischer Folgerichtigkeit erkennt sie dem hannoverischen StrGB. v. 1840 zu, welches in seinem Art. 232 auf jede Täterschaftspräsumtion verzichtet. Praktischer jedoch erscheint der „Revision" das Braunschweiger StrGB. v. 1840 § 153 Abs. 3:

„Ist der Getötete in einem Raufhandel erschlagen, so sollen diejenigen, welche an der Schlägerei gegen ihn bewaffnet teilgenommen haben, schon allein um deswillen Gefängnis nicht unter ein Jahr, die übrigen Teilnehmer an der Schlägerei Gefängnis von drei Monaten bis von einem Jahre erleiden."

Im Anschlusse an den Gedankengang der Motive dieses Gesetzbuches[2]) sagt die „Revision": „ . . . so ist doch eine hohe Polizeistrafe, wie sie das braunschweigische Gesetzbuch aufstellt, sehr geeignet, um dergleichen gefährlichen Raufhändeln entgegenzutreten, und sie entgeht als solche dem gerechten Vorwurfe einer Verdachtstrafe oder aufgestellten Präsumtion. Wer sich in einen Raufhandel, eine Schlägerei begibt, der kann deshalb allein ohne Zweifel sich zuschreiben, daß im Interesse der öffentlichen Sicherheit und des Schutzes des Lebens eine Polizeistrafe wider ihn angewendet wird; ungerecht würde es aber sein, ihn ohne weiteres, wenn er nicht den Gegenbeweis führt, mit mehrjähriger Zuchthausstrafe zu belegen".

Dieser Gedanke wurde sodann in dem revidierten Entw. von 1845, §§ 219, 232 und den späteren Entwürfen[3]) festgehalten[4]), und die Kommission der zweiten Kammer fügte noch die Einschränkung hinzu: „insofern nicht festgestellt wird, daß er ohne sein Verschulden hineingezogen worden".

So kam der § 195 des preuß. StrGB. zustande:

„§ 195. Wenn bei einer Schlägerei oder bei einem von mehreren verübten Angriff ein Mensch getötet wird oder eine schwere Körperverletzung (§ 193) erleidet, so ist jeder Teilnehmer an der Schlägerei oder dem Angriffe schon wegen dieser Teilnahme mit Gefängnis nicht unter drei Monaten zu bestrafen, insofern nicht festgestellt wird, daß er ohne sein Verschulden hineingezogen worden.

Sind mehreren Teilnehmern solche Verletzungen zuzuschreiben, welche nicht einzeln für sich, sondern in ihrer Gesamtheit den Tod oder die schwere

[1]) Wohltuend ist der Gegensatz zu den bayerischen Motiven zum Entw. v. 1827 Art. 224. (Zitiert nach der „Zusammenstellung" S. 62.) „Man verkennt nicht, daß in gewisser Art hier und da nur der Verdacht bestraft wird . . . Allein wenn man bedenkt, daß doch jeder Hand angelegt haben muß, mithin strafbar ist, daß es besser ist, wenn die Legislation durchgreift . . . daß es besser ist, eine milde gesetzliche, sei es auch arbiträre, als keine Strafe festzusetzen" etc.

[2]) Vergl. dazu Berner, Gerichtssaal 1866 S. 307.

[3]) Vergl. E. Dez. 1846 §§ 226, 237; E. 1847 §§ 230, 241; E. 1851 § 178.

[4]) Nicht ohne Widerspruch; es wurde auch gänzliche Streichung beantragt. S. Bleich, Verhandlungen des vereinigten ständischen Ausschusses Bd. I (1848) S. 117; Kommissionsbericht der zweiten Kammer S. 110f.

Körperverletzung zur Folge gehabt haben, so ist jeder dieser Teilnehmer mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Die Anwendung der Gesetze gegen diejenigen, welche als Anstifter oder Urheber eines Mordes, oder eines Totschlages, oder einer schweren Körperverletzung, oder als Teilnehmer an diesen Verbrechen schuldig sind, ist hierdurch nicht ausgeschlossen." [1])

Der § 195 wurde dann neu redigiert durch Ges. v. 14. April 1856; statt „Teilnehmer an der Schlägerei" sagte man „Beteiligte": „weil hier nicht von Teilnahme im technischen Sinne die Rede sei, sondern nur von einem tatsächlichen Zusammenwirken, das sich nicht auf eine Gemeinsamkeit der Schuld braucht zurückführen zu lassen". [2])

In dieser Form ging der § 195 des preuß. StrGB. in das RStrGB. über; die Motive von 1869 und 1870 [3]) verlieren kein Wort über diesen Komplex von Rechtssätzen.

B. Das Reichsstrafgesetzbuch.

1. Beteiligung an der Schlägerei: § 227 Absatz 1.

Der § 227 RStrGB. bestimmt in Abs. 1:

„Ist durch eine Schlägerei oder durch einen von mehreren gemachten Angriff der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung (§ 224) verursacht worden, so ist jeder, welcher sich an der Schlägerei oder dem Angriff beteiligt hat, schon wegen dieser Beteiligung mit Gefängnis bis zu drei Jahren zu bestrafen, falls er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist."

Es ist vor allem diese Bestimmung ihrer allgemeinen Bedeutung nach zu würdigen.

Die beabsichtigte Umwandlung der alten Verdachtstrafe in eine aus dem Gesichtspunkte der Gefährdung gerechtfertigte Polizeistrafe ist dem Gesetzgeber nicht ganz geglückt. Erst der Reichstagskommission gelang es, den Gedanken der Polizeistrafe richtig zu fassen; ihr Antrag führte zur Einfügung des § 367 Nr. 10 [4]), der in seiner heutigen, durch die Novelle von 1876 etwas modifizierten Fassung mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder mit Haft jenen bedroht, der „bei einer Schlägerei, in welche er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist, oder bei einem Angriffe sich eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges bedient". Dieses echte Polizeidelikt besteht neben dem Satze des § 227 Abs. 1 RStrGB. Eine Vergleichung beider mag zeigen, wie äußerlich die Umgestaltung der alten Verdachtstrafe in § 227 geblieben ist.

---

[1]) Dem preuß. StrGB. folgen Sachsen (1855) § 173 und Bayern (1861) § 240.

[2]) So Berner im Gerichtssaal 1866 S. 306.

[3]) Zu Entw. I § 200, Entw. III § 222.

[4]) Die Entstehungsgeschichte des § 367 Nr. 10 s. bei Olshausen, 5. Aufl. § 227 N. 1 und in der Entsch. d. RG. (IV) v. 6. Okt. 1885, E. 13, 3.

Schon die systematische Einreihung ist sehr charakteristisch: § 367 Nr. 10 steht mitten unter echten Polizeidelikten, der § 227 aber in dem Abschnitte, welcher die Körperverletzung behandelt, und zwar unter den vorsätzlichen KV.!

Im § 367 Nr. 10 ist ein bestimmtes gefährliches Verhalten des Täters vorausgesetzt; er muß sich eines gefährlichen Werkzeuges bedient haben, und das muß ihm natürlich nachgewiesen werden.[1]) Im § 227 fehlt diese Voraussetzung.

Dagegen ist in § 227 der Eintritt eines schweren Erfolges vorausgesetzt, während das echte Polizeidelikt, wie auch § 367 Nr. 10, eine Gefahr — vielleicht eine „Gefahr der Gefahr" — aber niemals einen bereits eingetretenen Schaden voraussetzt.[2])

Ferner will § 227 nur gelten, wenn es eine „Schlägerei" oder einen „von mehreren gemachten Angriff" gab — weil eben nur dann die Zweifel an der Täterschaft durch eine Präsumtion gelöst werden müssen —; während es doch klar ist, daß auch der einzelne gelegentlich eines Angriffes mit Messer und Revolver recht gefährlich hantieren kann; weshalb auch im § 367 Nr. 10 das Erfordernis des „von mehreren gemachten" Angriffes (das ursprünglich im Entwurfe stand) fallen gelassen wurde.[3])

Die Strafe des § 367 ist eine sehr geringe, während die Strafe des § 227 Abs. 1 (Gefängnis bis zu 3 Jahren) sehr hoch ist und als Polizeistrafe gar nicht verstanden werden kann.[4])

Alle angeführten Momente, die gewiß das Wesen der Sache betreffen, sind auf die alte Verdachtstrafe zurückzuführen, in welcher das neue Institut wurzelt. Trotz der klar ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers haben daher einige Schriftsteller in dem § 195 des preuß., § 227 Abs. 1 des RStrGB. dem Wesen nach nur eine Präsumtion der Mittäterschaft erblicken wollen.[5]) Dem zwiespältigen Charakter des Gesetzes dürfte aber am ehesten Berners Ansicht nahekommen, der „die Gefährlichkeit des Raufhandels und die Schwierigkeiten des Beweises" als die „legislativen Gründe" anführt.[6])

[1]) Es handelt sich um ein unvollendetes Delikt, welches als delictum sui generis konstruiert ist; dieses unterscheidet sich von § 223a wesentlich nur dadurch, daß eine auch nur geringe Verletzung nicht eingetreten ist.

[2]) Vergl. Stooß, Grundzüge d. schweiz. Strafr. II S. 60: „Unter der für die Beteiligung angedrohten Strafe verbirgt sich eine Verdachtstrafe für mutmaßlich verschuldete Verletzungen"; Zeitler, Strafe ohne Schuld (1899) S. 61.

[3]) Vergl. die oben zit. Entsch. u. Olshausen zu § 367 Nr. 10b.

[4]) Der Fehler stammt aus dem preuß. StrGB., welches strenger war als das — ebenfalls noch zu strenge — braunschweigische Vorbild.

[5]) So Goltdammer, Materialien II S. 424: „denn selbst in ihrer jetzigen Gestalt beruht die Vorschrift immer noch, ihrem Strafgrunde nach, auf der ursprünglichen Präsumtion einer, wenn auch entfernten, zufälligen Teilnahme an der Tötung oder an der Verletzung selbst". Vergl. John, Entw. S. 478f.; Binding, Handb. I, S. 591 (anders Lehrb. I S. 74), Löning, Grundr. S. 93 und oben Anm. 2.

[6]) Im Gerichtssaal 1866 S. 310.

Es ist naturgemäß sehr schwer, ein Gesetz interpretativ auszuarbeiten, dessen „legislative Gründe" so auseinanderstreben. Bei den Auslegern schlägt bald der eine, bald der andere Gesichtspunkt durch, häufig ohne Konsequenz. Nur das Reichsgericht ist kühn genug, in allen zweifelhaften Fragen den Willen des Gesetzgebers, also den polizeilichen Gesichtspunkt, entscheiden zu lassen.[1]) Anmutend ist das Resultat nicht, wie wir nunmehr aus der Besprechung der Einzelheiten sehen werden.

Ausschluß der Anstiftung und Mittäterschaft. Der dritte Absatz des § 195 des preuß. StrGB. war noch in den Entw. I aufgenommen worden, wurde aber dann als selbstverständlich weggelassen; das gilt für beide Fälle des § 227 RStrGB.[2]). Dieser Paragraph ist keineswegs ein Privileg für Personen, die „mit vereinigtem Willen und Mut, jemand böslich zu ermorden [oder zu verletzen] einander Hilfe und Beistand tun". Diese sind, wie schon nach CCC. 148, als Mittäter des Mordes, des Totschlages[3]) oder der schweren KV. zu behandeln.

Schlägerei. Dieses Begriffsmerkmal ist, wie bereits angedeutet wurde, ein Überrest der alten Verdachtstrafe; aus der geschichtlichen Entwicklung folgt, daß bei einer Schlägerei wenigstens drei Personen beteiligt sein müssen, so daß der Verdacht der Täterschaft wenigstens zwei Personen trifft. Wenn bloß zwei Leute miteinander raufen, so treten die gewöhnlichen Regeln über Tötung und Körperverletzung ein.[4])

Gleichgestellt ist der Schlägerei ein „von mehreren gemachter Angriff"; das Gesetz scheint hier Fälle mit einbeziehen zu wollen, bei welchen die gleichen Erwägungen wie beim Raufhandel Platz greifen, ohne daß man doch sprachrichtig von einer „Schlägerei" sprechen kann: z. B. es bewerfen drei böse Buben einen harmlosen Radfahrer mit Steinen; ein Stein trifft, aber man weiß nicht, wer ihn geworfen hat. Das Gesetz

[1]) Vergl. die grundsätzlichen Entscheidungen (I) v. 3. Jan. 1884, (IV) v. 11. Nov. 1884; (I) v. 20. Febr. 1899 in E. 9, 380; 11, 238; 32, 35.

[2]) So die durchaus herrschende Meinung; vergl. Reuter S. 82ff. (der aber mit Unrecht v. Liszt als Gegner anführt). A. M. meines Wissens nur John in v. Holtzend. Rechtslex. Art. Raufhandel. — Verabredung eines Raufhandels schließt dagegen den § 227 nicht aus; treffend Berner im Gerichtssaal 1866 S. 311 u. v. Schwarze, Komm. N. 5.

[3]) Sehr gut v. Wächter, Vorlesungen S. 349: „Das gleiche (d. i. Haftung wegen Miturheberschaft) muß in dem Falle, der freilich selten vorkommen wird, gelten, wenn mehrere bei Raufhändeln im Affekt den Entschluß zur Tötung eines andern fassen, sich zur Ausführung dieses Entschlusses sofort faktisch so vereinigen, daß der eine den anderen in der Tötung unterstützen will, und diesen Entschluß im Affekte wirklich ausführen."

[4]) Herrschende Meinung; vergl. etwa Berner im Gerichtssaal 1866 S. 310; v. Schwarze, Kommentar N. 3, 4; Reuter S. 2; a. A. Rubo N. 2. — Ein Zweifel an der Richtigkeit der herrschenden Ansicht ist schon durch den Vergleich mit dem nächsten Punkte („von mehreren gemachter Angriff") ausgeschlossen. — Nicht nötig ist, daß eine Partei aus zwei Personen besteht (wie Rüdorff-Stenglein N. 3 u. Reuter S. 3 annehmen). A sieht B und C miteinander raufen und schlägt auf beide los; C wird tödlich getroffen, und man weiß nicht, ob von A oder B. Vergl. Oppenhoff, Komm. N. 1.

denkt also offenbar nur an einen tätlichen Angriff, dessen unmittelbare Folge die Tötung oder schwere KV. ist.[1])

Beteiligung. Man ist mit Recht darüber einig, daß die „Beteiligung" des § 227 im Sinne des gemeinen Sprachgebrauches und keineswegs als „Teilnahme" im technischen Sinne (RStrGB. Teil I, Abschn. 3) zu verstehen sei.[2]) Der gemeine Sprachgebrauch erweist sich aber als recht unklar. Der Präsumtionstheorie entspricht es am ehesten, wenn Binding[3]) sagt: „von einem solchen Beteiligten sei mindestens zu verlangen, daß er mitgeschlagen, also einen Versuch der KV. gemacht habe"[4]); denn wer gelegentlich einer Schlägerei sich lediglich in der Weise „beteiligt", daß er einen der Raufenden auffordert, einem seiner Gegner eine Ohrfeige zu versetzen, den trifft deshalb nicht der Verdacht, wenn plötzlich von unbekannter Seite ein Messerstich geführt wird. Der polizeiliche Gesichtspunkt läßt auch eine intellektuelle Beteiligung am Raufhandel und ebenso auch Anstiftung und Beihilfe zum Raufhandel als solchen denkbar erscheinen, so daß, wer dem einen der Raufer einen Rohrstock leiht, schließlich die Folgen eines während der Rauferei geführten Messerstiches zu tragen hat.[5])

Meines Erachtens hätte man hier noch an der ersteren Ansicht festhalten sollen; da das Erfordernis der „Schlägerei" lediglich aus der alten Verdachtstrafe herrührt, so konnte man wohl bei der „Beteiligung an der Schlägerei" nicht schon diesen Gesichtspunkt aufgeben; allerdings mußte man irgendwo den Übergang zum Polizeidelikt suchen, und so nahm das Reichsgericht[6]) eine vermittelnde Ansicht an: „Beteiligt an einer Schlägerei ist nur derjenige, welcher bei ihr gegenwärtig ist" — es genügt also nicht ein Anfeuern aus einiger Entfernung, welches ja den Verdacht des Messerstiches usw. ausschließt[7]) — „und physisch oder intel-

---

[1]) Vergl. RG. (II) v. 21. Sept. 1888, R. 10, 505; v. Liszt § 92; Olshausen N. 4. Dagegen Reuter S. 3f.; Frank III. Das österr. StrGB. §§ 143, 157 spricht auf Grund gleicher Erwägungen (vergl. Werner in Wagners Zeitschr. 1830 I S. 10ff.) von einer „gegen eine oder mehrere Personen unternommenen Mißhandlung". Vergl. auch Noyon III S. 114.

[2]) Dies ergibt sich klar aus der unmittelbaren Vorgeschichte; vergl. oben S. 320 Anm. 2 und Olshausen Nr. 8. — RG. (I) v. 3. Jan. 84, E. 9, 380.

[3]) Normen I (1. Aufl.) S. 131.

[4]) Österr. §§ 143, 157 straft nur jene, welche „an den Getöteten (Mißhandelten) Hand angelegt haben".

[5]) Vergl. v. Schwarze N. 6; Hälschner, Gem. deutsch. Strafr. II S. 108 Anm. 3; Reuter S. 10f.; für Strafbarkeit der Anstiftung und Beihilfe: Oppenhoff N. 2; v. Schwarze N. 15; Olshausen N. 19; Reuter S. 66ff.; Binding, Lehrb. S. 75f. Resultat: A sagt zu B und C: „Ihr solltet euch dies und jenes von D und E nicht gefallen lassen und sie gelegentlich abohrfeigen". Das wirkt; am nächsten Tage findet die Schlägerei in Abwesenheit des A statt. B erhält einen Messerstich. A haftet nach § 227!

[6]) Vergl. RG. (I) v. 17. Okt. 81, E. 5, 170 (= R. 3, 626) und RG. (I) v. 10. Nov. 87, R. 9, 584.

[7]) Olshausen N. 8 meint, dies sei „aus der Eigentümlichkeit des § 227 selbst zu folgern, der seinem Gedanken nach eine persönliche Anteilnahme am Rauf-

lektuell dazu mitwirkt, daß geschlagen werde". Ein Anfeuern aus der Nähe genügt also. Diese Meinung, so wenig sie irgend eine Konsequenz zeigt, ist in der Theorie herrschend geworden.[1])

Kausalität. In bezug auf die Kausalität[2]) ist lediglich vorausgesetzt, daß „durch die Schlägerei (bezw. den Angriff) der Tod eines Menschen oder eine schwere KV. (§ 224) verursacht worden"; es ist nicht erforderlich, daß die Tätigkeit des „Beteiligten" mit dem schweren Erfolge in Kausalzusammenhang stehe.[3]) Der § 227 findet demnach keine Anwendung, wenn etwa der Sturm einen Dachziegel unter die Raufer trägt; die daraus folgende Verletzung ist nicht „durch die Schlägerei verursacht worden"; anders, wenn die Schlägerei irgendwie Ursache des schweren Erfolges war: einen der Beteiligten trifft vor Aufregung der Schlag; oder es werden ihm im Gedränge mehrere Rippen zerbrochen. Es ist übrigens auch nicht vorausgesetzt, daß der Schade einen „Beteiligten" treffe; es genügt, wenn der pflichtgemäß einschreitende Schutzmann verletzt wird.

Schuld. Der „Beteiligte" ist nur strafbar, wenn er durch sein Verschulden in die Schlägerei hineingezogen worden ist; das Gesetz sagt mit zwei Negationen: „nicht ohne sein Verschulden"; dies begründet wohl keinen Unterschied, am wenigsten in der Richtung, daß nicht der Beweis des Verschuldens, sondern der Beweis der Schuldlosigkeit zu erbringen wäre.[4])

Das Verschulden, von dem hier die Rede ist, kann wohl nur Vorsatz sein; denn der Strafsatz, unter den der schuldhaft an einem Raufhandel Beteiligte fällt, wenn irgend jemand dabei eine schwere KV. verursacht hat, ist strenger als der Strafsatz der fahrlässigen KV. selbst; der § 227 Abs. 1 will aber auf jeden Fall eine geringere als die Täterschaftsstrafe feststellen. Wer demnach etwa durch fahrlässigen Verstoß gegen

handel erfordert". Leider hat O. diesen Gedanken des Gesetzes nicht entwickelt. Binding, Lehrb. S. 75 sagt: „der Beteiligte muß aber örtlich in der Lage sein, mitzuschlagen, wenn er will oder die Arme frei bekommt". Diese Erinnerung an das gemeine Recht nutzt aber dem aus der Entfernung Helfenden nicht, da Binding ihn als „Gehilfen" in Anspruch nimmt.

[1]) Vergl. v. Liszt a. a. O.; Olshausen N. 8; Frank I 1; Geyer in v. Holtz. Hdb. III S. 553; Oppenhoff N. 9.

[2]) Vergl. Berner im Gerichtssaal 1866 S. 308 und Lehrb. S. 535; Binding, Lehrb. S. 76; Reuter S. 41ff.

[3]) So RG. (III) v. 27. Nov. 1880, E. 3, 241 und RG. (III) v. 15. Juni 1883, E. 8, 370.

[4]) So jetzt die herrschende Ansicht; s. RG. (I) v. 10. Nov. 1887, (II) v. 6. Nov. 1888 und 16. Nov. 1888 in R. 9, 584; 10, 627, 668; Rüdorff-Stenglein N. 6; Olshausen N. 7 u. 9; Reuter S. 16ff.; Binding, Lehrb. I S. 76; Frank II. Das preuß. StrGB. § 195 formulierte noch: „insofern nicht festgestellt ist, daß er ohne sein Verschulden hineingezogen worden". Vergl. dazu Berner im Gerichtssaal 1866 S. 312. — Wer ursprünglich „ohne sein Verschulden in die Schlägerei hineingezogen" dann schuldhaft weiterrauft, haftet bei wörtlicher Auslegung des Gesetzes nicht; so Frank II; doch dürfte es dem Sinne des Gesetzes eher entsprechen, ihn — wenigstens von dem Beginne seines Verschuldens an — haften zu lassen; vergl. RG. (II) v. 15. Okt. 97, E. 30, 281 und RG. (I) v. 20. Febr. 1899, E. 32, 35. Olshausen N. 9; Reuter S. 22ff., Binding, Lehrb. I S. 76. Über die Frage, ob auch bei dem „von mehreren gemachten Angriff" an das unverschuldete Hineingezogensein zu denken ist, vergl. Olshausen N. 9; Reuter S. 25ff. und die zit. Entsch. d. RG. v. 20. Febr. 99.

Volksgebräuche, gegen politischen oder religiösen Fanatismus u. dergl. in eine Schlägerei verwickelt wurde, haftet nicht. Der Täter muß sich mit Wissen und Willen an der Schlägerei, dem Angriff beteiligen.[1]) Daher haftet nicht, wer „durch den unvermeidbaren Sturm oder aber aus vermeidbarem Versehen in den Strudel gerissen worden ist“ [2]); ebenso wenig, wer nicht raufen, sondern Frieden stiften will.[3])

Das Verschulden wird ausgeschlossen durch jede Berechtigung zur Handlung, insbesondere durch den naheliegenden Rechtstitel der Notwehr. „Eine Verkümmerung des Notwehrrechtes — etwa weil es im Tumulte auszuüben wäre — ist nicht entfernt vom Gesetze beabsichtigt. Insbesondere ist das Objekt des widerrechtlichen Angriffs im vollen Besitz des Notwehrrechtes.“ [4]) Vorausgesetzt ist dabei, daß der Täter vom Anfang an in Notwehr war; z. B. es werden drei harmlose Spaziergänger von einer Gruppe von Raufbolden überfallen und verteidigen sich nach Kräften; es entsteht eine Schlägerei, aber die Spaziergänger sind „ohne ihr Verschulden hineingezogen worden“.

Eine Schuldbeziehung zu dem Erfolge des Raufhandels (Tod oder schwere KV.) ist selbstverständlich nicht vorausgesetzt, da ja nicht einmal Kausalitätsbeziehung vorausgesetzt wird.[5])

Kausalität und Schuld in Beziehung auf den schweren Erfolg sind also nicht vorausgesetzt, daher nicht des Beweises bedürftig. Wie aber, wenn das Gegenteil erwiesen ist? Solange die Vorschriften über die Schlägerei auf einer Präsumtion schuldhafter Täterschaft beruhten, war der offenbar Schuldlose auch straffrei. Wenn aber die Strafe „schon wegen der Beteiligung an der Schlägerei“ eintritt, dann kann auch der sicherste Nachweis des Mangels jeder Beziehung zwischen den einzelnen Beteiligten und dem schweren Erfolge nichts nützen. Freilich wird uns diese Konsequenz recht schwer gemacht; nicht nur deshalb, weil sie mit allen Traditionen des gemeinen Rechtes in Widerspruch steht, sondern auch wegen des unausgesetzt störenden inneren Widerspruches zwischen dem polizeilichen Charakter des

[1]) Vergl. Hälschner, Preuß. Strafr., 3, 156; Geyer in H. H. III S. 553; Oppenhoff N. 13; Schwarze N. 9, 14; Frank II. — Arg vergriffen ist die von Olshausen N. 13 und von Reuter S. 31 f. ernstlich vertretene Auffassung, daß der Täter auch das Bewußtsein gehabt haben müsse, „nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden zu sein“! Konsequent müßte dann auch der Vorsatz des § 223 die Vorsätzlichkeit der KV. umfassen. Der Dolus umfaßt aber stets nur den objektiven Tatbestand.

[2]) Binding, Lehrb. I S. 76.

[3]) RG. (I) v. 10. Nov. 87, R. 9, 585; vergl. österr. und Schweizer Entw., Norwegen.

[4]) Binding a. a. O. — Olshausen N. 12 spricht die absonderliche Ansicht aus, daß zwar der „von mehreren gemachte Angriff“, aber nicht die Beteiligung an der Schlägerei durch Notwehr gerechtfertigt sein könne. Vergl. gegen ihn Reuter S. 29 und das im Texte folgende Beispiel. — In jeder Beziehung mit dem Vorgebrachten übereinstimmend RG. (I) v. 20. Febr. 1899, E. 32, 34.

[5]) Vergl. Berner im Gerichtssaal 1866 S. 309 f. und Lehrb. S. 535 f. und Reuter S. 46 f. Unrichtig wohl Binding, Lehrb. S. 75: „Der Vorsatz des Teilnehmers richtet sich auf Tötung oder KV.“ Wer mit Tötungsvorsatz mitschlägt, wird der Strafe wegen Versuch des Mordes oder Totschlages gerade nach Binding nicht entgehen.

§ 227 einerseits, dem entscheidenden Einflusse des schweren Erfolges anderseits. Der schwere Erfolg gehört nicht zum objektiven Tatbestand des Deliktes, er ist nur objektive Bedingung der Strafbarkeit[1]), und das bedeutet eine durch einen technischen Kunstgriff verdeckte prinzipielle Erfolghaftung, ja sogar eine Haftung für von anderen verursachte Erfolge[2]), gegen die sich das Empfinden der deutschen Juristen vielfach, wenn auch ohne Konsequenz, zur Wehre setzt.

Im einzelnen kann die Vermutung schuldhafter Täterschaft auf folgende Arten widerlegt sein:

a) A hat sich an der Schlägerei erst beteiligt, nachdem der schwere Erfolg eingetreten war — oder er hat sich schon vorher entfernt. Das ist ein Fall, der in der Kommission der (preußischen) zweiten Kammer ausdrücklich erwähnt wurde; man hielt damals unter dem Eindrucke der Präsumtionstheorie die Haftung für ausgeschlossen; so entschied auch früher das Berliner Obertribunal.[3]) Das Reichsgericht jedoch nimmt den polizeilichen Gesichtspunkt als maßgebend an und läßt jeden Beteiligten für den ganzen Verlauf der Schlägerei haften, sofern dieselbe überhaupt „sich nach Ort und Zeit als ein einheitlicher Akt darstellt".[4])

b) Es ist durchaus erwiesen, „von welcher sonderlichen Hand und Tat der Verletzte gestorben wäre"; der Täter oder die Mittäter sind wegen Mord, Totschlag oder schwerer KV. haftbar[5]); oder es tritt für einige der „Beteiligten" die Haftung nach § 227 Abs. 2 ein; die anderen Raufer haften dennoch „schon wegen ihrer Beteiligung" nach § 227 Abs. 1.

Die frühere Verdachtstrafe hatte wenigstens einen praktischen Erfolg: sie war ein Motiv für die Beteiligten, den wahren Täter — wenn sie ihn überhaupt kannten, was gar nicht selbstverständlich ist — bekanntzugeben, um sich selbst zu schützen; der Täter selbst meldete sich wohl, um nicht Unschuldige für seine Tat büßen zu lassen.[6]) Heute wäre dieses Opfer

---

[1]) Vergl. Binding, Normen I, 1. Aufl. S. 131, 2. Aufl. S. 232 Anm. 2; Handb. I S. 591; Reuter S. 42, 48; Frank I 1; v. Liszt, Lehrb. § 92 II und die zit. Entsch. v. 20. Febr. 99, E. 32, 33.

[2]) Sehr offen gibt dies der österr. Ausschußbericht v. 1877 zu; s. unten. — Reuter verteidigt S. 120f. die Bestimmung des RStrGB. damit, daß der Eintritt des schweren Erfolges ein objektives Kriterium sei, an dem die Gefährlichkeit des Raufhandels gemessen werde. (Vergl. das RG. in der zit. E. v. 20. Febr. 1899, E. 32, 38; Frank I). Ja, wenn der A wüßte, daß der B ein Messer bei sich hat und es im Laufe des Handels ziehen wird! Hinterher freilich kann man leicht weise sein!

[3]) Vergl. Goltdammer, Materialien II S. 424 und in seinem Arch. 10 S. 622; die Kommentare Oppenhoff (N. 10) und v. Schwarze (N. 6, 2) und die dort angeführten Entscheidungen; Binding, Lehrb. S. 78.

[4]) RG. (III) v. 27. Nov. 80 u. (III) v. 15. Juni 1883, E. 3, 241; 8, 369. Ebenso Rüdorff-Stenglein N. 4; v. Liszt § 92 II; Olshausen N. 10; Reuter S. 49ff.; Frank I 1.

[5]) Nicht etwa in Idealkonkurrenz mit § 227! Treffend Hälschner II S. 108 Anm. 1 und Binding, Lehrb. S. 77.

[6]) Ältere Autoren rieten sogar dem Richter, vorerst zum Scheine alle Beteiligten zum Tode zu verurteilen, quo ita vel scientes metu poenae auctorem caedis indicent, vel reus, conscientiae stimulis commotus, homicidium a se factum esse confiteatur. Berger, Electa jurisprud. crim., Pars I, cap. II, membr. III, § 8 n. 2.

nutzlos. Kein Beteiligter hat ein Interesse, die Zweifel des Richters zu lösen, da er ja trotzdem der gleichen Strafe verfällt.[1])

c) A ist allein in der Schlägerei schwer verletzt worden. Nach der Präsumtionstheorie wäre natürlich seine Bestrafung undenkbar[2]); aber sie folgt mit zwingender Logik aus der polizeilichen Auffassung: an einer Schlägerei mit schwerem Ausgang hat A sich ja beteiligt! Das Reichsgericht zieht auch hier mutig die Konsequenz.[3])

Es sei gestattet, uns hier zu besinnen, wohin die Sphinx, halb Verdacht-, halb Polizeistrafe, uns geführt hat. Vergleichen wir folgende Fälle. A hat sich schuldhaft an einer Schlägerei beteiligt, ohne eine Waffe zu führen; weil aber einer seiner Gegner plötzlich das Messer zog und ihn schwer verletzte, wird er mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft. B hat bei einer Schlägerei, in die er schuldhaft verwickelt war, sich eines Messers bedient — bei dieser Schlägerei aber sind nur leichte KV. vorgekommen, deren Urheber sich nicht ermitteln lassen. B wird nach § 367 Z. 10 mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder mit Haft (Höchstbetrag 6 Wochen, § 18) bestraft! Ein wahrhaft beschämendes Resultat.[4])

d) Der Verletzte hat sich selbst versehentlich verletzt oder getötet: es bleiben alle Beteiligten — den bloß Verletzten eingeschlossen — nach § 227 Abs. 1 haftbar.[5])

---

[1]) Treffend Thomsen, Kriminalpolitische Bekämpfungsmethoden (1893) S. 115. — Vor einer Überschätzung des kriminalpolitischen Wertes der älteren Satzung ist jedoch zu warnen. Im österr. R. gilt sie noch; ein ungenannter Autor (K. P. — offenbar ein Praktiker) äußert sich darüber in der allg. österr. Ger.-Ztg. 1853 Nr. 30 folgendermaßen: Der Grundsatz des österr. R. „kann leicht dahin führen, daß die Beteiligten, um nicht vielleicht schuldloserweise als Verbrecher abgestraft zu werden, zu falschen Angaben schreiten, indem sie einen aus ihnen, den sie vielleicht nur aus Wahrscheinlichkeitsgründen für den Täter halten, als solchen mit Gewißheit bezeichnen. Auch werden die Richter in Verlegenheit gesetzt, in zweifelhaften Fällen entweder durch Lossprechung des unmittelbaren Täters die übrigen Mitwirkenden als Verbrecher zu bestrafen, oder um diese zu schonen, das zweifelhafte Verschulden des ersteren als gewisses anzunehmen".

[2]) Gegen die Haftung Oppenhoff N. 12 und v. Schwarze N. 10 mit älteren Entsch.; Geyer in Holtzend. Hdb. III S. 554; John in Holtzend. Rechtslex. Art. Raufhandel; H. Meyer, Lehrb. 5. Aufl. S. 499; auch Olshausen N. 11, der diese Meinung mit der polizeilichen Auffassung versöhnen will: „weil der dem Gesetz zu Grunde liegende Gedanke, daß die schwere KV. auch bei mangelndem Nachweise der Täterschaft [? Präsumtionstheorie ?] aus polizeilichen Gründen nicht ungesühnt bleiben dürfe, dem allein schwer Verletzten gegenüber nicht durchgreift." Aber die Polizeistrafe hat es doch nie zu tun mit einer Sühne für Geschehenes! Der Verletzte soll ja bestraft werden „schon wegen seiner Beteiligung"!

[3]) Vergl. die zit. Entsch. v. 8. Febr. 99, E. 32, 33 f. Derselben Ansicht v. Liszt, § 92, 2; Binding, Lehrb. S. 76; Frank I 1 u. III, Reuter S. 16, 52 ff. — Hiernach ist es wohl nur selbstverständlich, daß auch alle jene haften, die auf der Seite des Verletzten gekämpft haben: RG. (II) v. 2. Nov. 83, E. 9, 148.

[4]) Offenbar war die mit der Handlung des A verbundene Gefahr (vergl. oben S. 326 Anm. 2) größer!?! Ich überlasse es dem Leser, die Parallele mit § 367 Nr. 10 in allen anderen hier besprochenen Fällen durchzuführen.

[5]) Vergl. RG. (IV) v. 11. Nov. 84, E. 11, 237; dagegen v. Schwarze N. 8.

e) Der Verletzte ist nicht schuldhaft, nicht „ohne genugsame Ursache" verletzt worden, sondern etwa in gerechter Notwehr. Dieser Fall muß näher untersucht werden.

Während der Schlägerei ist das Recht der Notwehr keineswegs eingestellt. Jeder Beteiligte darf sich gegen den drohenden Hieb oder Schuß des Mitbeteiligten nach den gewöhnlichen Regeln verteidigen, ebenso darf von außen Nothilfe geleistet werden; es darf z. B. ein Unbeteiligter einem der Raufer, der plötzlich sein Messer gezogen hat, dieses mit einem Stocke aus der Hand schlagen, oder, wenn es nicht anders geht, den Messerhelden durch einen Schlag auf den Kopf betäuben. Weder der Beteiligte, noch der unbeteiligte Nothelfer haften für Tötung oder KV.; der Unbeteiligte haftet auch nicht aus einem anderen Titel. Aber der schuldhaft an der Schlägerei Beteiligte haftet „wegen dieser Beteiligung", und es kann gerade die durch ihn in Notwehr zugefügte KV. die Schlägerei im Sinne des § 227 qualifizieren. Wenn der Richter dem raschen Wechsel der Ereignisse nicht folgen, das Gewirre von Angriffs- und Verteidigungshandlungen nicht zerfasern kann, dann bleibt ihm nichts übrig, als von einer Bestrafung wegen Tötung und KV. selbst dann, wenn er jede einzelne „Hand und Tat" kennt, ganz abzusehen und die Raufer „schon wegen ihrer Beteiligung an der Schlägerei" nach § 227 zu bestrafen.[1]) In diesem Durchhauen des gordischen Knotens steckt sicherlich ein gesunder Kern.

Bei Behandlung der Notwehrfrage hat die Praxis einen weiteren wertvollen Rechtsgedanken zu Tage gefördert. Die Notwehr soll die schuldhafte Beteiligung an der Schlägerei nicht ausschließen, wenn der Angriff durch das Verhalten der angegriffenen Seite provoziert war. Der provozierte Angriff bleibt rechtswidrig; der Provozierende haftet nicht für Tötung und KV., die zur Abwehr nötig waren; aber er haftet — unter Hervorkehrung des polizeilichen Gesichtspunktes — für schuldhafte Beteiligung an einer Schlägerei, die in diesem Falle sogar eine schuldhafte Veranlassung derselben gewesen ist.[2]) Ein Unbeteiligter hätte auch hier den provozierten Angriff straflos zurückweisen können. Dies sind Ansätze zu einer vernünftigen Lösung der vielumstrittenen Frage nach der Zulässigkeit der Notwehr gegen den provozierten Angriff.

2. Zusammenwirkende Verletzungen: § 227 Abs. 2.

Das RStrGB. sagt in § 227, Abs. 2:

„Ist eine der vorbezeichneten Folgen mehreren Verletzungen zuzuschreiben, welche dieselbe nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen verursacht haben, so ist jeder, welchem eine dieser Verletzungen zur Last fällt, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu bestrafen."

[1]) Vergl. RG. (III) v. 27. Nov. 80, (I) v. 20. Febr. 99, E. 3, 238; 32, 36; (II) v. 6. Nov. 88, R. 10, 627; Hälschner II S. 109; Geyer, Grundr. I S. 83; Oppenhoff N. 18; Olshausen N. 12; Reuter S. 28f.; Binding, Lehrb. I S. 76 (leider nicht ganz klar!); Frank II.

[2]) Vergl. RG. (III) v. 27. Nov. 80, E. 3, 238; Reuter S. 21f.

Nach preuß. Strafrecht konnte nicht bezweifelt werden, daß auch der zweite Absatz eine Schlägerei oder einen Angriff von der im ersten Absatze bezeichneten Art voraussetzte.[1]) Das gilt wohl auch für das RStrGB. Dafür spricht die Behandlung beider Fälle in einem Paragraphen. Dann müssen wir aber wohl oder übel auch annehmen, daß der zweite Absatz nur für solche „Beteiligte" gilt, die „nicht ohne ihr Verschulden hineingezogen worden sind".[2])

Das Besondere der Fälle des zweiten Absatzes besteht darin, daß der Täter in einer gewissen Kausalitätsbeziehung und in einer gewissen Schuldbeziehung zu dem eingetretenen schweren Erfolge stehen muß, und daß diese Beziehungen natürlich nachgewiesen sein müssen.

Was die Kausalitätsbeziehung betrifft, so muß der Täter dem Opfer eine von mehreren Verletzungen beigebracht haben, welche nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen mit anderen, im gleichen Raufhandel zugefügten Verletzungen den Tod oder die schwere KV. des Opfers verursacht haben.[3]) Das erscheint dem Gesetzgeber hier nicht als volle Kausierung des schweren Erfolges, während die meisten modernen Kausalitätstheorien in diesem Falle Kausierung annehmen und den Täter je nach seinem Dolus nach den §§ 211, 212, 224, 225, 226 haften lassen würden.[4]) Wie weit nun die Sonderbestimmung des § 227 uns zwingt, die angeblich „gesunde" Kausalitätstheorie der CCC. (Binding) gelten zu lassen, ist eine der schwierigsten Fragen.[5]) Man denke etwa an folgenden Fall: A hat dem X in

[1]) Der 2. Abs. begann mit den Worten: „Sind mehreren Teilnehmern solche Verletzungen zuzuschreiben, welche nicht einzeln für sich . . . ."

[2]) Vergl. Reuter S. 75, 88; Merkel in Holtzend. Rechtslex. II S. 549; Binding, Lehrb. S. 77; Frank IV; dagegen Rüdorff-Stenglein N. 10; Olshausen 16, und die dort angeführten Autoren. Die Frage ist ziemlich unbedeutend, da die Verletzungen selbst schuldhaft zugefügt sein müssen (s. unten), so daß der Täter sich wenigstens in diesem Augenblicke schuldhaft am Raufhandel beteiligt.

[3]) Seit der „Revision" von 1845 wurde darauf, ob die Wunden einzeln genommen tödlich waren oder nicht, kein Gewicht mehr gelegt.

[4]) So schon die StrGB. von Württemberg (1839), §§ 235, 248 Z. 3, und von Baden (1845), §§ 204, 239 Z. 3; ferner Kanton Thurgau (1841), § 63 und Wallis (1858), § 253. Für die oben vertretene Ansicht v. Buri in Goltdammers Archiv Bd XI (1863) S. 797 ff.; v. Liszt, Lehrb. § 92 III; Janka, Lehrb. § 109; Merkel, Lehrb. S. 301; Lammasch, Vorschläge S. 43 f. — Die Ausführungen Reuters S. 79 f., 91 f., 99 f., sind unklar und beruhen m. E. überhaupt nicht auf einer einheitlichen Kausalitätstheorie.

[5]) Zu weit geht wohl Binding, Lehrb. S. 77: „Die Stelle widerlegt allein schon, daß im heutigen positiven Rechte die so von Grund aus ungesunde v. Burische Kausalitätstheorie Geltung zu beanspruchen habe." Es kommt vor, daß sich Anschauungen über weittragende Fragen gründlich ändern, und daß trotzdem Einzelentscheidungen stehen bleiben, die Konsequenzen der früheren Auffassung sind. Eine auffallende Parallele mag dies zeigen. Das österr. StrGB. v. 1803 stand ganz auf dem Boden der alten Kausalitätstheorie: „Wer gegen einen Menschen . . . auf eine solche Art handelt, daß dessen Tod daraus notwendig erfolgt . . . ." Das ist das alte Erfordernis der Letalität der Wunden (vergl. Jenull, Das österr. Kriminalrecht, 2. Aufl. Bd. 2, 1837, S. 108 f.). Dem entspricht dann die Bestimmung des § 126: Wer bei einer Schlägerei eine tödliche Wunde versetzet hat, ist des Totschlages schuldig; ist aber der Tod nur durch alle Wunden zusammen verursacht worden, dann sind alle, welche an den Getöteten Hand angelegt haben, der schweren Ver-

einer Schlägerei eine Verletzung beigebracht; am nächsten Tage verletzt B den X (sei es in einer zweiten Schlägerei oder in einem Raufen zu zweien; sei es, daß B von der früheren Verletzung weiß oder nicht). X stirbt infolge des Zusammentreffens der beiden Verletzungen. Ich würde es nicht wagen, diesen Fall nach deutschem Rechte zu entscheiden. Der § 227 Abs. 2 trifft nicht zu: die beiden Verletzungen sind nicht in einer und derselben Schlägerei zugefügt worden. Nehmen wir Kausalität für den Erfolg bei A oder bei B oder bei beiden als vorliegend an, so behandeln wir sie ohne jeden Grund strenger, im entgegengesetzten Falle ohne jeden Grund milder, als sie behandelt worden wären, wenn sie in einer und derselben Schlägerei verletzt hätten.

Der Täter muß ferner in einer gewissen Schuldbeziehung zu dem Erfolge stehen; es muß ihm vor allem eine der zusammenwirkenden Verletzungen „zur Last fallen". Dieser allgemeine Ausdruck ist aber auf vorsätzliche Verletzung zu restringieren. Dafür spricht die geschichtliche Entwicklung — der Grund der milderen poena extraordinaria war in diesem Falle Mangel voller Kausalität, nicht Mangel des Dolus; dafür spricht die systematische Stellung des § 227 innerhalb der vorsätzlichen Körperverletzungen; insbesondere aber der hohe Strafsatz. Es ist doch, trotz der sogleich zu erwähnenden geringen Sorgfalt des Gesetzgebers bei Absteckung der Grenzen, ganz undenkbar, daß er für eine fahrlässige KV., die im Zusammenwirken mit anderen eine schwere KV. hervorbringt, als Normalstrafrahmen Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestimmt hätte, während derjenige, der als Alleintäter durch Fahrlässigkeit die schwere KV. eines anderen verursacht, mit Geldstrafe bis zu 900 Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft wird.[1])

In bezug auf den schweren Erfolg (Tod oder schwere KV.) wird in der Regel der sog. dolus eventualis vorliegen und auf diesen Fall ist wohl der Strafsatz berechnet.[2]) Indessen ist darüber im Gesetze nichts gesagt,

---

wundung schuldig. (Eine unverhüllte poena extraordinaria!) Nun wurde bei der Revision des Gesetzes im Jahre 1852 das Erfordernis der Letalität der Wunden aufgegeben und eine der „superklugen Kausalitäts-Spintisiererei des 19. Jahrhunderts" (Binding) durchaus entsprechende Kausalitätstheorie angenommen; in der Definition des Mordes heißt es zuletzt: „. . . wenn auch dieser Erfolg nur vermöge der persönlichen Beschaffenheit des Verletzten, oder bloß vermöge der Umstände, unter welchen die Handlung verübt wurde, oder nur vermöge der zufällig hinzugekommenen Zwischenursachen eingetreten ist, insofern diese letzteren durch die Handlung selbst veranlaßt wurden." So im § 134; im § 143 aber ist die alte Regelung der Schlägerei ruhig stehen geblieben, einschließlich der Bestimmung über die „tödliche Verletzung", die heute kein Jurist, aber auch kein Arzt mehr handhaben kann. (Vergl. auch § 157). Ähnlich stelle ich mir das Verhältnis des § 227 RStrGB. zu der allgemeinen Kausalitätstheorie des RStrGB. vor.

[1]) Vergl. Hälschner II S. 110; v. Liszt, Binding, Frank N. IV u. a. Verkannt wird dies u. a. von Olshausen N. 17 und von Reuter S. 80f.

[2]) Im gemeinen Rechte galt die Tötung in der Schlägerei vielfach als Typus der Tötung mit dolus indirectus seu eventualis; allerdings war die Frage nach manchen Richtungen kontrovers. Vergl. Carpzow qu. 1 nr. 37; Boehmer, Komm. zu Art. 148 N. 3; Wächter, Lehrb. II § 166 und N. Arch. 14 (1834) S. 102ff.; Abegg, Arch. N. F. 1836 S. 171ff.; Kaufmann, das. 1837 S. 101ff.; Mittermaiers Anm. zu

und es läßt sich ebensowohl die Ansicht vertreten, daß ein Verschulden in bezug auf den weitergehenden Erfolg überhaupt nicht vorausgesetzt sei[1]), als die Ansicht, daß selbst eine auf diesen Erfolg gerichtete Absicht die Anwendung des § 227 Abs. 2 nicht zu Gunsten der §§ 211, 212, 225 ausschließe, da ja die ratio legis nicht im Mangel der Schuld, sondern im Mangel der Kausalität zu suchen ist.[2]) Bei dieser Vielfältigkeit des vorausgesetzten Verschuldens ist der Strafrahmen recht summarisch bestimmt; die poena extraordinaria will wegen zweifelhafter Kausalität milder sein als die poena ordinaria; sie ist es auch für die Fälle der Tötung und der beabsichtigt schweren KV. (§ 225), ist aber auffallenderweise strenger als die Strafe der schweren KV. schlechthin (§ 224).[3])

Daraus, daß die primäre Verletzung schuldhaft zugefügt sein muß, ergibt sich von selbst, daß Verletzungen in Notwehr (die ja nicht einmal objektiv rechtswidrig, geschweige denn schuldhaft sind) den Tatbestand des § 227 Abs. 2 nicht erfüllen.[4]) Das entspricht auch der geschichtlichen Überlieferung. Wer in Notwehr zuschlägt, kann aber unter § 227 Abs. 1 fallen, wie bereits oben ausgeführt wurde.

Selbstverständlich kann von den an der Schlägerei Beteiligten ein Teil nach § 227 Abs. 2, ein Teil nach § 227 Abs. 1 haften.

3. Statistik.

Es wirkt geradezu überraschend, daß in den Jahren 1898—1903 der § 227 von den deutschen Gerichten auf nicht mehr als 121—141 Personen jährlich angewendet wurde.[5]) Der moderne Prozeß scheint denn doch die Ermittelung des wahren Täters zu befördern. Ich wage weiter die Vermutung, daß manche von den hier mitgezählten Fällen bei genauerer Untersuchung noch als Fälle von Mitschuld erkannt worden wären, wenn der § 227 nicht zu einer bequemen Pauschalerledigung direkt verleiten würde.[6]) Eines aber stellt die Statistik

---

Feuerbachs Lehrb. § 226 I; Berner, Teilnahme S. 357ff., bes. S. 383; Günther, Körperverl. S. 222ff.; Heimberger, Teilnahme S. 50. — Der preuß. Entw. v. 1830 § 235, spricht von der „Absicht zu beschädigen". — Vergl. Hälschner, Preuß. Strafr. 3, 157f. — Carrara, Programma, parte speciale I § 1295ff. vertritt die Meinung, daß bei der „rissa" der dolus determinatus ausgeschlossen sei.

[1]) So z. B. Frank a. a. O.

[2]) Das Resultat ist für einen Juristen, der von der modernen Kausalitätstheorie ausgeht, unerträglich; daher a. A. Hälschner, Syst. d. preuß. Strafr. III S. 157 und Gem. deutsch. Strafr. II S. 110. Unklar v. Liszt u. Binding.

[3]) Dies rügen mit Recht Rubo N. 9; Hälschner II S. 110 u. v. Liszt a. a. O.

[4]) Richtig Oppenhoff N. 18; Olshausen N. 16; Reuter S. 90.

[5]) Im Jahre 1901 waren es 122 Personen, die an 42 Schlägereien beteiligt waren; davon entfällt nur ein (unbekannter) Bruchteil auf § 227 Abs. 1.

[6]) Das Reichsgericht vertritt durchaus konsequent die richtige Anschauung, daß bei bewußtem Zusammenwirken mehrerer Mittäterschaft und damit solidarische Haftung aller Mittäter eintritt; vergl. die oben S. 284 Anm. 3 zitierten Entscheidungen. Ob dieser richtige Grundsatz von der ersten Instanz stets befolgt wird? — In Österreich bewegt sich selbst der oberste Gerichtshof zumeist auf einer ganz verfehlten Bahn; er wendet die Sätze über die Schlägerei an, auch wenn der Angriff „im Bewußtsein der gegen den Getöteten gerichteten gemeinschaftlichen feindseligen Absicht", ja sogar

außer Zweifel: ein Bedürfnis nach Ausnahmsbestimmungen zur Bekämpfung des Raufhandels besteht nicht. Diese Handvoll Raufer, die den Paragraphen über die Körperverletzungen entschlüpfen, wird man ohne Gefahr für den Staat einer Strafe zuführen können, welche mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit im Einklange steht.

C. Das ausländische Recht.

Österreich. Es wurde bereits erwähnt, daß die Theresiana fast wörtlich der Carolina folgt.[1]) Das Strafgesetz Josef II. von 1787, §§ 94f., übernimmt nur die Definition der Mittäterschaft in trefflicher Fassung[2]), bestimmt aber bezüglich der Raufhändel und Tumulte lediglich, daß sie zwar nicht überhaupt von der Schuld eines Mordes freisprechen, daß aber nach Umständen in solchen Fällen dennoch die Strafe gemildert werden kann. Der Gesetzgeber scheint also Sondervorschriften für entbehrlich zu halten! Dieser vorgeschrittene Standpunkt war offenbar noch nicht zeitgemäß; er wurde wieder aufgegeben.

Die Strafgesetze von 1803 (§§ 126, 139) und von 1852 (§§ 143, 157) stehen wieder auf dem Boden des gemeinen Rechtes. Der § 143 des geltenden StrGB. statuiert eine gegenüber der poena ordinaria gemilderte Verdachtstrafe: „Wenn bei einer zwischen mehreren Leuten entstandenen Schlägerei, oder bei einer gegen eine oder mehrere Personen unternommenen Mißhandlung jemand getötet wurde, so ist jeder, der ihm eine tödliche Verletzung zugefügt hat[3]), des Totschlages schuldig.[4]) Ist aber der Tod nur durch alle Verletzungen oder Mißhandlungen zusammen verursacht worden, oder läßt

wenn er „in verabredeter Verbindung" geschah, was einen Rückschritt weit hinter die Carolina bedeutet; vergl. die Glasersche Sammlung Nr. 551, 864, 968; die Nowaksche Slg. Nr. 10, 555, 568, 601, 687, 870, 899, 2047; richtig sind dagegen die Entsch. Nowaksche Slg. 1257, 1603, 1802, 2146. Als Gegenstück sei herangezogen die belgische Rechtsprechung (vergl. Nypels zu Art 401 N. 7 a. E.), welche in Ermangelung einer Spezialbestimmung die gemeinschaftlich schlagenden als coauteurs haften läßt. Vergl. unten die Ausführungen zu Art. 378 des italienischen StrGB.

[1]) Oben S. 316.

[2]) „Ist ein Mord in Gemeinschaft von mehreren verübt worden, so ist jeder, der mit Wissen und Vorsatz dazu beigetragen hat, als ein Mörder zu bestrafen, er mag an den Ermordeten Hand angeleget haben oder nicht."

[3]) Es wird also nicht mehr unterschieden, welche von den tödlichen Wunden den Tod wirklich herbeigeführt hat; eine ebenso einfache wie unrichtige Umgehung der gemeinrechtlichen Streitfragen über diesen Punkt; vergl. oben S. 317 Anm. 2.

[4]) Treffend gibt der oberste GH. in der E. v. 8. Juni 1858, Glasersche Sammlg. Nr. 864, als den Sinn des Gesetzes an, „daß wegen der Ungewißheit der Schuld und Verantwortlichkeit jedes einzelnen für die Folgen der Verletzung zwar keiner der Strafe entgehen, diese jedoch gelinder ausfallen soll"; vergl. Nowaksche Slg. 1257 („Schwierigkeit der Beweiserbringung"). In neuerer Zeit vertritt die Generalprokuratur (s. Nowaksche Slg. 2245) mit Finger, Kompendium d. öst. Strafr. II (1895) S. 77, die Meinung, daß die unberechenbare Gefahr, welche das Wirksamwerden in einer Schlägerei hervorruft, die Steigerung der Affekte und die Summierung der einzelnen Wirksamkeiten den legislativen Gesichtspunkt bezeichne. Das ist zweifellos unrichtig; denn alle diese Momente sind doch auch vorhanden, wenn es sich zufällig bestimmen läßt, wer die tödliche Verletzung zugefügt habe, und doch haften in diesem Falle die Raufer nicht!

sich nicht bestimmen, wer die tödliche Verletzung zugefügt habe, so ist zwar keiner des Totschlages, wohl aber sind alle, welche an den Getöteten Hand angelegt haben, des Verbrechens der schweren körperlichen Beschädigung (§ 152) schuldig (!!) und zu schwerem Kerker von einem bis zu fünf Jahren zu verurteilen." [1])

Ich habe schon oben darauf hingewiesen [2]), daß der Sinn dieser Gesetze in der Praxis nicht mehr verstanden wird, und daß vielfach Mittäter und Mitschuldige unter Anwendung derselben unverdient günstig behandelt werden. Über die Zahl der Anwendungsfälle dieser Paragraphen gibt die österreichische Statistik leider keine Auskunft, da sie mit den Totschlägen und den schweren KV. kumuliert ausgewiesen werden.

Der Entwurf v. 1874 § 239, schließt sich fast wörtlich dem RStrGB. an. Nur fügt er nach dem ersten Absatz ein: „Auf denjenigen, welchem die Körperverletzung zugefügt wurde, ist die gegenwärtige Bestimmung nicht anwendbar". [3]) Der Ausschußentwurf v. 1877, § 234 generalisierte dies: ausgenommen ist derjenige, „von dem erwiesen ist, daß er zur Zufügung der KV. nicht beigetragen hat". Der Ausschußbericht sagt mit großer Offenheit [4]): „In dieser Bestimmung ist die Beweislast gegenüber dem geltenden Gesetze gerade umgekehrt. Jetzt kann nur der gestraft werden, dem der Beweis geliefert wird, daß er Hand angelegt hat; nach dem Entwurfe wird nur derjenige frei, dem es gelingt, zu beweisen, daß er zu der Verletzung nichts beigetragen hat." (Das nahmen die Herren wahrscheinlich für einen Fortschritt!) Aber schon die nächste Regierungsvorlage (Mot. zu § 237 des Entw. v. 1881) verwies darauf, daß diese Ausnahme mit dem polizeilichen Charakter (Bestrafung „schon wegen der Beteiligung") im Widerspruch stehe und der nächste Ausschuß war dann konsequent genug, auch den Verletzten selbst wegen Beteiligung an der Schlägerei haftbar zu erklären. [5])

Der Ausschußentwurf v. 1893, § 233 bestimmt:

„Ist durch eine Schlägerei oder durch einen von mehreren gemachten Angriff der Tod eines Menschen oder eine KV. mit einer in den §§ 230 Z. 1 und 231 bezeichneten Folgen verursacht worden, so ist jeder, welcher sich an der Schlägerei oder an dem Angriff beteiligt hat, schon wegen dieser Beteiligung mit Gefängnis bis zu drei Jahren zu bestrafen.

Die gegenwärtige Bestimmung ist nicht anwendbar auf denjenigen:

1. welcher ohne Verschulden in die Schlägerei hineingezogen wurde;

---

[1]) Der Entw. des Just.-Min. v. 1867 hält noch an dieser Auffassung fest gegenüber der von dem Referenten v. Hye vorgeschlagenen Statuierung eines delictum sui generis der Teilnahme an einer von nachteiligen Folgen begleiteten Rauferei; vergl. Motive S. 131.

[2]) S. 331 Anm. 6.

[3]) Im Sinne einer damals auch für das deutsche Recht mehrfach vertretenen Ansicht. S. oben S. 327 Anm. 2.

[4]) „Bemerkungen" v. 1891 S. 301; vergl. daselbst S. 300 ff.

[5]) Vergl. Ausschußbericht v. 1893 S. 59 zu § 233. Der Entw. wäre also genau so auszulegen, wie das Reichsgericht den § 227 RStrGB. auslegt.

2. welcher lediglich in der Absicht vorging, der Schlägerei ein Ende zu machen.[1])

Ist eine der vorbezeichneten Folgen mehreren Mißhandlungen zuzuschreiben, welche dieselbe nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen verursacht haben, so ist jeder, welchem eine dieser Mißhandlungen zur Last fällt, mit Gefängnis nicht unter einer Woche zu bestrafen.“[2])

Das Vorbild des RStrGB. wird also bis ins Detail befolgt. Selbst die Unausgeglichenheit des letzten Strafsatzes ist geblieben: das Minimum ist eine Woche Gefängnis; wer aber ganz allein eine schwere KV. zufügt, kann nach §§ 230, 14 mit einem Tage davonkommen.

Eine Begründung des letzten Absatzes ist in den Vorarbeiten nicht zu finden. Dagegen ist für den ersten Absatz im Ausschußbericht von 1877 folgendes zu lesen:

„Sowie jeder, der irgend eine Mißhandlung jemandem zufügt, möge sein Vorsatz auch auf gar keine Beschädigung gerichtet sein, es sich gefallen lassen muß, unter einen höheren Strafsatz zu geraten, wenn seine Tat eine unbeabsichtigte schwere Folge hatte, so muß sich jeder gefallen lassen, der sich an einer Schlägerei beteiligt, wenn ihn eine Strafe trifft, sobald in dieser Schlägerei jemand getötet oder erheblich verletzt wurde.“

Da ist sehr ehrlich das entscheidende Wort ausgesprochen. Wer für Erfolghaftung schlechthin begeistert ist, der mag sich auch für den § 227 Abs. 1 des RStrGB. erwärmen.[3])

Die Entwürfe folgen dem RStrGB. auch darin, daß sie eine dem § 367 Nr. 10 desselben entsprechende Bestimmung enthalten. Dieselbe lautet im Aussch.-Entw. v. 1893, § 465: „Mit Haft bis zu einem Monate wird bestraft, wer an einer Rauferei beteiligt zu einer Waffe oder zu einem Messer, oder einem anderen gefährlichen Werkzeuge greift. — Gegen die Verurteilten kann auch auf Anhaltung zur Arbeit (§ 12) und auf Verschärfung der Freiheitsstrafe (§ 13) erkannt werden.“

Über das Verhältnis dieser Stelle zu der früher genannten finden sich keine Andeutungen.

Das niederländische Gesetz wiederholt in Art. 306 ungefähr den § 227 Abs. 1 des RStrGB.[4]) Ein Gegenstück zu § 227 Abs. 2 fehlt.

[1]) Eingefügt vom ersten Ausschuß „auf Grund mitgeteilter Erfahrungen“. Vergl. oben S. 325 Anm. 3, ferner Schweizer Entw. und Norwegen.

[2]) Höchstausmaß 5 Jahre: § 14.

[3]) Vergl. oben S. 326 Anm. 2.

[4]) Art. 306. „Diejenigen, welche vorsätzlich an einem Angriff oder einer Schlägerei teilnehmen, in welche verschiedene Personen verwickelt sind, werden, vorbehaltlich der Verantwortlichkeit jedes einzelnen für die von ihm besonders begangenen Handlungen, bestraft:

1. mit Gefängnis bis zu zwei Jahren, wenn der Angriff oder die Schlägerei nur schwere Körperverletzung zur Folge hat;

2. mit Gefängnis bis zu drei Jahren, wenn der Angriff oder die Schlägerei den Tod eines Menschen zur Folge hat.“ Die Theorie folgt gänzlich dem deutschen Vorbilde; vergl. Smidt, Geschiedenis II S. 457; van Meerten Art. 306 wetboek van strafrecht. Academisch proefschrift 1892; Noyon III S. 113ff.

Italien, das Heimatland der Theorie der Tötung in rixa, hat die ältere, auf Verdachtstrafe hinauslaufende Formulierung noch im toskanischen StrGB. von 1853, Art. 313, 335 und im sardinischen StrGB. v. 1859, Art. 564f. (in ähnlicher Fassung wie Österreich) beibehalten. Das neue StrGB. enthält auf den ersten Blick nicht eben klare Bestimmungen; zum besseren Verständnisse sind im folgenden jene Sätze, welche der Entwurf Zanardelli nicht enthielt, eingeklammert:

Art. 378. „Wenn sich mehrere Personen an der Ausführung eines der in den Artikeln 364, 365, 366, 372 und 373[1]) vorgesehenen Verbrechen beteiligen und der Urheber der Tötung oder der Verletzung nicht bekannt ist, so unterliegen sie alle den diesbezüglich dort bestimmten, aber um ein Drittel bis zur Hälfte herabgesetzten Strafen; [an Stelle von Zuchthaus[2]) tritt Einschließung[3]) von mindestens 15 Jahren].

[Diese Herabsetzung der Strafe findet keine Anwendung auf den unmittelbar an der Handlung Mitwirkenden.]"

Art. 379. „Unter Aufrechthaltung der Bestimmungen des vorhergehenden Artikels, und vorbehaltlich der höheren Strafen für die von jedem einzeln begangenen Taten werden, wenn in einer Schlägerei jemand tot bleibt oder eine KV. davonträgt, alle jene, welche in der Schlägerei [an den Verletzten Hand angelegt] haben, bestraft:

1. mit Einschließung von drei Monaten bis zu fünf Jahren, wenn jemand tot bleibt oder eine KV. davonträgt, aus der der Tod folgt;

2. mit Einschließung bis zu zwei Jahren in den anderen Fällen, [aber nicht über ein Drittel jener Strafe, die über den Urheber hätte verhängt werden müssen].

[Diejenigen, welche sich an der Schlägerei beteiligt haben, ohne an den Verletzten Hand anzulegen, werden mit Einschließung bis zu sechs Monaten bestraft.]

Für den Urheber der Schlägerei — per chi sia stato la causa determinante della rissa — werden die angegebenen Strafen um ein Drittel erhöht."

Art. 380. „Wer sich an einer Schlägerei beteiligt und eine Waffe abschießt, um zu drohen, wird mit Gefängnis — detenzione — bis zu einem Jahre bestraft."

Der Art. 378 entstammt der Theorie von der „complicità correspettiva", welche die neapolitanische Praxis aufgestellt hat.[4]) Das Wesen dieser Theorie besteht darin, daß, wenn mehrere an einer Tat beteiligt sind und sich nicht feststellen läßt, wer Täter, wer Gehilfe war, alle Beteiligten als „gegenseitige Gehilfen" gestraft werden; das ist doch sicher, daß sie mindestens Gehilfen waren, und man hält sich an das Sichere. Damit

[1]) D. i. vorsätzliche Tötung und KV.
[2]) Ergastolo, stets lebenslänglich.
[3]) Reclusione, Maximum 24 Jahre.
[4]) Vergl. Entw. 1870 II S. 358ff. (wo der Begriff zum erstenmale aufgenommen wird); Motive z. Entw. Zanardelli (1887) II S. 318ff.; Pessina, Manuale II § 25. Die weitere Entwicklung bei Crivellari; Majno zu Art. 64 N. 340 und zu Art. 378.

wird, wie die Motive Zanardellis (S. 319) hervorheben, die Schwierigkeit behoben, daß man von „Gehilfen" spricht, wo man den „Täter" nicht kennt.[1]) Danach ist es klar, daß es sich nicht etwa um eine vermutete oder fingierte Mitschuld handelt, sondern daß bei den Beschuldigten alle Voraussetzungen der Mitschuld vorliegen müssen[2]); es muß insbesondere der Beweis erbracht sein, daß sie im Bewußtsein, sich gegenseitig zu unterstützen, „mit vereinigtem Willen und Mut", gehandelt haben.[3]) Man hat sich bemüht, die Strafe dieser „complicità correspettiva" mit der in Art. 64 für die complicità im allgemeinen angedrohten Strafe in Übereinstimmung zu bringen[4]); darauf ist es insbesondere zurückzuführen, daß im Abs. 2 der cooperatore immediato von der Strafminderung ausgeschlossen wurde[5]): er haftet nach den allgemeinen Regeln wegen correità mit der vollen Strafe (Art. 63 Abs. 1). Immerhin sind gewisse Unterschiede in der Strafdrohung vorhanden, deren Grund ganz unerforschlich ist.[6]) Besser wäre es wohl gewesen, mit dem Entw. v. 1870 einfach zu erklären: die complici correspettivi haften nach den allgemeinen Regeln über die complicità.[7])

Der Art. 379 (= Entw. Zanardelli Art. 360) war ursprünglich gedacht als delictum sui generis nach dem Muster des RStrGB. § 227 Abs. 1; es sollte nur in Betracht kommen „il fatto, di sua natura colpevole, della partecipazione alla rissa nella quale sia seguito l'omicidio o la lesione di una persona: e ciò independentemente dal fatto che l'autore ne sià conosciuto e independentemente dalla individuale responsabilità di ciascuno per il fatto da lui commesso".[8]) Aber die Kommission der Camera dei deputati wehrte

[1]) Vergl. Pessina, Elementi I (1882) S. 293: è un aforismo giuridico che non vi e complice dove non sia un reo principale.

[2]) „Per l'applicazione di questo articolo, siavi o no rissa, è necessario che esistano le condizioni della complicità." Commissione di revisione, verb. XXXI, pag. 628, zitiert nach Majno zu Art. 378 N. 2391.

[3]) So die Mot. des Entw. v. 1870 S. 359: „ma il noto è, che tutti e tre scientemente vi hanno cooperato, assistendosi od aiutandosi rispettivamente, sicchè l'uno è certamente complice dell' altro e viceversa"; ferner Bericht der Kommission der Camera dei deputati zu Art. 360 des Entw.: „Tra i caratteri, che differenziano in rapporto all' elemento materiale il delitto dell' articolo 359 [= Gesetz Art. 378] da quello dell' articolo 360 [= Ges. Art. 379], è dunque a notarsi . . . che per il primo occorre la certezza di un concorso sciente nella vera e propria esecuzione dell ferimento o dell' omicidio volontario; pel secondo, basta l'aver portato, come participe di una rissa, la mano sull' ucciso o sul ferito." Unsicher allerdings die Motive Zanardellis S. 318.

[4]) Vergl. Relazione della Commissione del Senato zu Art. 359.

[5]) Vergl. Zanardellis Bericht an den König S. 144f.

[6]) Darüber mit sehr heftiger Kritik des Gesetzes Majno N. 2391; über die Auslassung der Art. 368 u. 374 in der Aufzählung des Art. 378 derselbe, N. 2393 und Crivellari S. 997 und S. 1006 N. XXI.

[7]) Die in dem Bericht der Senats-Kommission zu Art. 359f. des Entw. gegen diesen Vorschlag vorgebrachten Gründe sind geradezu unverständlich; vergl. dagegen Majno a. a. O.

[8]) Relazione Zanardelli II S. 320. Der Gedanke ist in Italien nicht neu; Carrara, Progr., parte spec. I N. 1305 führte sogar in anachronistischer Weise die gemeinrechtliche Doktrin auf dieses Prinzip zurück: „si puniva il fatto del rissare come fatto pravo".

sich gegen diese Neuerung; sie fand mit Recht die Strafe für die bloße Beteiligung an der Schlägerei zu strenge und beantragte Rückkehr zu Art. 564 des geltenden italienischen Gesetzes, wonach außerdem noch irgend eine Beteiligung an der Tötung oder KV. erforderlich sei, wenn auch nur durch das „Handanlegen". Die Kommission des Senates verstärkte diesen Widerspruch. Sie wies auf die (uns aus der Praxis des Reichsgerichtes bekannten) Mängel des vorgeschlagenen Systemes hin: Haftung des „Beteiligten" für einen Erfolg, der seinem Willen ganz fremd ist, dem er vielleicht sogar widerstrebt hat, Haftung für die Taten der Gegenpartei u. dgl., und so wurde denn die Strafdrohung eingeschränkt auf diejenigen, welche „an den Verletzten Hand angelegt haben". So war mit einem Federstrich aus dem unaufrichtigen Polizeidelikt des RStrGB. wieder die alte Verdachtsstrafe geworden.[1])

Die Senatskommission trug aber außerdem noch dem Gedanken der polizeilichen Bestrafung der Beteiligung an der Schlägerei Rechnung, indem sie den vorletzten Absatz in das Gesetz einfügte, und damit ein delictum sui generis schuf, welches ungefähr dem § 227 Abs. 1 des RStrGB. entspricht, aber sich von demselben durch die geringere, der Sachlage weit angemessenere Strafe vorteilhaft unterscheidet.[2])

Der Art. 380 ist ein offenbar auf italienische Verhältnisse zugeschnittenes delictum sui generis; das Abfeuern einer Waffe schien den Gesetzgebern besonders gefährlich, weil es die durch die rixa ohnehin erhitzten Gemüter noch stärker entflamme.

Der Fall des Zusammenwirkens mehrerer Verletzungen (§ 227 Abs. 2 RStrGB.) war in der früheren italienischen Gesetzgebung ausdrücklich erwähnt; das gegenwärtige Gesetz nennt ihn nicht, ebensowenig die Vorarbeiten. Doch findet sich im Abschnitte über die Tötungen eine gesetzliche Regelung der Lehre von den „concause" (Art. 367), auf die hier nur verwiesen sein möge. Wie weit dieses Gesetz auf analoge Fälle auszudehnen sei, ist bestritten.[3])

Der Art. 75 des Schweizer Entw. 1903 bestimmt:

„Wer an einer Schlägerei teilnimmt und nicht bloß abwehrt oder scheidet, wird mit Gefängnis bestraft; überdies finden die Bestimmungen über Körperverletzung Anwendung."

[1]) Die Senatskommission stellt recht vorsichtig als den Sinn des damals geltenden Rechtes hin, daß „la responsabilità non deriva dalla partecipazione alla rissa, ma dalla partecipazione all' omicidio od alla lesione personale, manifestata del fatto di avere portato la mano sull' ucciso o sul ferito o di avervi in qualsiasi altro modo cooperato". Ganz richtig und offen erklärt Majno N. 2397, daß in diesen Fällen die Strafe sich nach der poena ordinaria der Tötung und KV. richte, „avuto riguardo alla probabilità che l'opera del rissante abbia avuto un effetto immediato in relazione all' omicidio o al ferimento". Also eine nach dem Grade der Wahrscheinlichkeit des Verdachtes abgestufte Strafe!

[2]) Noch in der Revisionskommission herrschte große Unsicherheit; quot capita, tot sententiae! Vergl. Crivellari VII S. 978ff., 983. Die Judikatur bei Crivellari S. 1006f. bietet nichts für uns Deutsche Neues; s. auch Majno N. 2401.

[3]) Vergl. das Brescianer Appell-Urteil v. 2. Juli 1891 bei Crivellari VII S. 847 N. LXIX. S. auch oben S. 267 Anm. 6.

Der „Bericht“ von 1901, S. 11, lehnt ausdrücklich die Präsumtionen und Fiktionen ab, welche die meisten Gesetzgebungen beherrschen. Die Beteiligung an einer Schlägerei werde „als Delikt eigener Art bestraft“, weil durch Schlägereien die körperliche Sicherheit von Menschen gefährdet wird.

Das „Delikt eigener Art“ trägt deutlich und bewußt gewollt den polizeilichen Charakter; Stooß[1]) knüpft an ähnliche Bestimmungen in den romanischen Strafgesetzbüchern der Schweiz an; und er hat sehr richtig erkannt, daß es nicht angeht, die Bestrafung „wegen der Beteiligung“ irgendwie mit einem schweren Erfolge der Schlägerei in Verbindung zu bringen; wo dies geschieht, dort verberge sich hinter dem Polizeidelikt eine „Verdachtstrafe für mutmaßlich verschuldete Verletzungen“. Das widerspreche aber dem „Grundsatze der Wahrheit und Gerechtigkeit, der das Strafrecht beherrschen soll“.[2])

Der letztgenannte Grundsatz drang nicht ohne Kampf und nicht ohne wesentliche Einbuße durch. In der Expertenkommission[3]) gab es Anhänger der gegnerischen Meinung, und sie erreichten wenigstens das eine, daß die schon in den ersten Entwürfen mit Gefängnis bis zu 1 Jahr bestimmte Strafe nunmehr schlechthin Gefängnis ist, d. h. gemäß Art. 27 von acht Tagen bis zu zwei Jahren ausgemessen werden kann. Das wird wohl niemand als echte Polizeistrafe empfinden! Die von Stooß angeführten romanischen Gesetze drohen geringe Geldstrafen oder Haft bis zu 6 Tagen an, der § 367 Nr. 10 des RStrGB. Geldstrafe oder Haft bis zu sechs Wochen. Das sind echte Polizeistrafen! Dabei setzt das RStrGB. eine weit größere Gefährdung (Benutzung einer Waffe usw.) voraus, als der Schweizer Entw., der auch ganz harmlose Schlägereien so schwer trifft.[4]) Ich glaube, daß auch dieser Gesetzgeber die alte Verdachtstrafe innerlich noch nicht ganz überwunden hat, und daß dies im Strafsatze zum Ausdruck kommt. Im übrigen müßte bei der Auslegung des Gesetzes der polizeiliche Gesichtspunkt noch durchschlagender sein als beim RStrGB. Die Konsequenz, daß der Verletzte selbst wegen Beteiligung am Raufhandel strafbar ist, wurde in den „Verhandlungen“ (I S. 361) ausdrücklich gezogen.

Die Beteiligung muß, da das Gesetz nicht ausdrücklich anders bestimmt, eine vorsätzliche sein (Art. 18). Als Rechtfertigungsgrund wird neben der „Abwehr“ auch der Zweck des „Scheidens“ der Raufer genannt.[5])

---

[1]) Grundzüge II S. 59f.

[2]) Bericht v. 1901 S. 11

[3]) Verhandlungen I S. 358f., II S. 520.

[4]) Ein Antrag Correvons, die Strafe desjenigen zu verschärfen, der an einer Schlägerei mit tödlichen Waffen oder gefährlichen Instrumenten teilnimmt, ist in der Kommission (Verhandlungen I S. 358) nicht durchgedrungen. Der ihm entgegengehaltene Verweis auf die Sätze über Tötung und KV. wird dem Gedanken, daß eine so gestaltete Beteiligung höhere Gefahr nach sich zieht, nicht gerecht.

[5]) Es ist dies eine alte schweizerische Tradition; die allgemeine Bürgerpflicht, bei entstandenem Streite Frieden zu gebieten, war nirgends so sorgsam ausgebildet als in den schweizerischen Rechten: Osenbrüggen in d. Zeitschr. f. Rechtsgeschichte I S. 397f. — Vergl. Österreich, Norwegen und oben S. 325 Anm. 3.

Eine Bestimmung, welche dem § 227 Abs. 2 entsprechen würde, fehlt im Schweizer Entw. In der Kommission[1]) wurde zwar ein Antrag auf Übernahme dieses Satzes gestellt und ursprünglich angenommen, später aber wieder fallen gelassen. Für sehr beachtenswert halte ich den Hinweis von Stooß auf den Zusammenhang der Kausalitätsfrage mit der Schuldfrage. Ein Gesetz wie das RStrGB., welches den nicht verschuldeten Erfolg zurechnet, muß notgedrungen den Kausalitätsbegriff einschränken, weil sonst die Haftungen ins Ungemessene gehen. Ein Gesetz aber, welches, wie der schweizer Entw., nur für verschuldete Erfolge haften läßt, bedarf dieser verkünstelten Korrektur nicht. Der uferlose Kausalitätsbegriff wird ganz naturgemäß durch das Erfordernis des Verschuldens begrenzt.[2])

Das norwegische Gesetz hat den Vorzug, die Schlägerei[3]), die es als Polizeidelikt auffaßt, auch systematisch richtig einzureihen. Im 39. Kapitel: „Übertretungen wider die Person" heißt es:

§ 384. Mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten wird bestraft, wer sich an einer Schlägerei beteiligt oder dazu mitwirkt, durch die der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung oder Gesundheitsstörung verursacht wird. Jedoch ist er straflos, wenn wahrscheinlich gemacht wird, daß er wider seinen Willen in die Schlägerei hineingezogen wurde, oder daß er sich hineingemischt hat, um jemanden gegen Unglimpf zu beschützen[4]) oder um der Schlägerei ein Ende zu machen.

§ 385. Mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten wird bestraft, wer bei einer Schlägerei zum Messer oder einem anderen besonders gefährlichen Werkzeuge greift.

Auffallend ist die Regelung der Beweislast, welche einen Rückschritt zum preußischen StrGB. bedeutet.

Der Strafrahmen des § 384 entspricht eher, als bei allen früher besprochenen Gesetzen, unserer Vorstellung von einer Polizeistrafe. Dagegen steht mit dieser Vorstellung die Abhängigkeit der Höhe der Strafe von dem eingetretenen Erfolg in Widerspruch. Hier erscheint ganz klar der objektive, vielleicht von anderen verursachte, Erfolg als Strafschärfungsgrund.[5])

---

[1]) Verhandlungen I S. 359 ff.; II S. 518 ff.

[2]) Vergl. oben S. 267 Anm. 6.

[3]) In den Mot. S. 214 findet sich eine vortreffliche theoretische Auseinandersetzung darüber, daß die Sonderbestimmung über die Schlägerei nur Platz greife, wenn „die KV. der mehreren durchaus zufällig zusammentreffen"; bei bewußtem Zusammenwirken treten die Regeln über Mittäterschaft bezw. Mitschuld, in Kraft: „Daß es unbekannt ist, wer der unmittelbare Urheber des Schadens oder Todes ist, wird mit Rücksicht auf die Anwendung dieser Bestimmungen keine Bedeutung haben können, sobald es nur gegebene Tatsache ist, daß es einer von den in Gemeinschaft Handelnden ist, zu dessen Verbrechen mithin die anderen mitgewirkt haben". Das ist der richtige Kern der Theorie von der complicità correspettiva.

[4]) Wenn die Übersetzung die Schattierungen genau wiedergibt, geht dies zu weit. Das ist ja die normale Entstehungsweise von Raufereien, daß sich immer mehr Leute einmengen, um ihre Freunde „gegen Unglimpf zu schützen". Strengste Beschränkung auf Notwehr ist das einzig richtige. Vergl. oben S. 325 Anm. 3.

[5]) Im Widerspruche mit dem Prinzip des § 43. S. oben S. 271.

Die Mängel des RStrGB. erscheinen im norwegischen Gesetze gemildert, aber nicht behoben.

Der § 227 Abs. 2 ist auch hier nicht rezipiert.

Frankreich. Der code schweigt gänzlich[1]); auch in der älteren Gesetzgebung scheint keine Spezialbestimmung vorzukommen.[2]) Die Raufhändel (rixes) unterliegen den Polizeigesetzen.[3]) Im belgischen Entw. war eine besondere Vorschrift für Tötungen und KV. in Schlägereien enthalten, wurde aber vom Senate mit treffender Motivierung gestrichen.[4])

Im englisch-amerikanischen Recht finden sich ebenfalls keine Sonderbestimmungen für die Schlägerei.

---

[1]) Vergl. Garçon zu § 309 N. 70.

[2]) Ich habe bei Muyart de Vouglans, Les loix criminelles de France, 1780 vergeblich gesucht.

[3]) Vergl. Boitard, Leçons de droit criminel, 9. Aufl. (1867) § 500; Marti S. 63f.; RG. (I) v. 3. Jan. 1884, E. 9, 380.

[4]) Vergl. Nypels zu Art. 401 N. 7.

---

8. Die Person des Verletzten.

A. Das deutsche Recht.

Der zweite Absatz des § 223 RStrGB. schärft die Strafe der leichten KV., wenn dieselbe gegen Verwandte aufsteigender Linie begangen worden ist: es ist auf Gefängnis nicht unter einem Monate zu erkennen; das Antragserfordernis bleibt aufrecht. Bei den schweren Fällen der KV. ist dieser Umstand nicht erwähnt; erst beim Totschlag taucht er wieder auf (§ 215).

Ein delictum sui generis statuiert der § 113 RStrGB.: „Wer einen Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, . . . während der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes tätlich angreift. . . .

Dieselben Strafvorschriften treten ein, wenn die Handlung gegen Personen, welche zur Unterstützung des Beamten zugezogen waren, oder gegen Mannschaften der bewaffneten Macht, oder gegen Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr in Ausübung des Dienstes begangen wird.“ [1])

B. Das ausländische Recht.

Dem RStrGB. folgt lediglich der österreichische Entw. (§§ 230 Z. 3, 117). Die anderen Gesetzgebungen schärfen in der Regel die Strafe bei allen Stufen der KV., soweit sie überhaupt persönliche Verhältnisse in Betracht ziehen. Genannt sind folgende Personen:

a) Verwandte aufsteigender Linie, wobei teils nur legitime, teils auch natürliche Verwandtschaft berücksichtigt wird.

Frankreich, Art. 312: père ou mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou autres ascendants légitimes; vergl. Art. 317, letzter Absatz.

Italien, Art. 366 Nr. 1 u. 373; die uneheliche Verwandtschaft kommt nur in Betracht, falls sie gesetzmäßig anerkannt oder erklärt ist.

---

[1]) Die Bestimmungen der §§ 94, 96, 98, 100 RStrGB. betreffend Tätlichkeiten gegen den Kaiser, die Landesherren usw. gehören nicht in diesen Zusammenhang.



Niederlande, Art. 304, schützt nur den legitimen Vater, aber auch die natürliche Mutter[1]; die Motive führen aus, daß dieser Erschwerungsumstand sich auf die natürliche Pietät zwischen Eltern und Kinder gründe, daß aber das Verhältnis des Kindes zu dem unehelichen Vater zu unsicher sei, als daß es in Betracht kommen könnte (Smidt II S. 428).

b) Deszendenten. Niederlande Art. 304, Italien Art. 366 Nr. 1 u. Art. 373.

Das französische Kinderschutzgesetz v. 19. April 1898, Code pénal Art. 312, schärft die Strafe der schlechten Behandlung von Kindern unter 15 Jahren, si les coupables sont les père et mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou autres ascendants légitimes ou toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou ayant sa garde.

c) Ehegatten. Niederlande Art. 304.

Von einem entgegengesetzten Gesichtspunkte geht das geltende österreichische Recht aus, welches in § 419 diesen Fall privilegiert: „Wenn ein Gatte den andern auf die in dem § 413 erwähnte Art mißhandelt (d. h. so, daß der andere am Körper Schaden nimmt), sind beide Teile vorzufordern, und nachdem die Mißhandlung untersucht worden, ist dem mißhandelnden Teile ein strenger Verweis zu geben; nach Umständen ist derselbe mit Arrest von einer Woche bis zu drei Monaten und im Wiederholungsfalle mit Verschärfung des Arrestes zu bestrafen. Doch steht dem mißhandelten Teile frei, eine Milderung der Strafe und selbst die Nachsicht derselben anzusuchen, worauf der Richter allezeit gehörig Rücksicht zu nehmen haben wird." Der Grundgedanke dieser etwas patriarchalischen Sätze ist das sehr beachtenswerte Prinzip, Familienverhältnisse nicht durch das brutale Eingreifen des Strafrichters unheilbar zu stören.[2] Aus demselben Grunde überläßt der § 525 „tätige Verletzungen schuldiger Ehrerbietung der Kinder gegen die Eltern, solange sie im Innern der Familie verschlossen bleiben, lediglich der häuslichen Zucht". Das Strafgericht schreitet nur ein, wenn seine Hilfe angerufen wird.

d) Öffentliche Beamte während ihrer Funktion oder auch aus Anlaß derselben.

England hat ein ganzes System von Strafdrohungen, durch welches seine Beamten sehr energisch geschützt werden; vergl. Stephen, Digest. Art. 244 d; 257 a, c; 264; 266; 267 a, b, c. — Entw. der Vereinigten Staaten §§ 113, 172 ff.

Ähnlich Frankreich Art. 228 ff.

Österreich § 153, Niederlande Art. 304, Italien Art. 365 Nr. 2 und Art. 373.

---

[1] Die Übersetzung von Teichmann (Beilage zu Zeitschr. f. ges. Strafr. Bd. I) ist in diesem Punkte unrichtig.

[2] Das österr. StrGB. reiht den § 419 unter die Fälle der „Mißhandlungen bei häuslicher Zucht" ein, was natürlich nicht haltbar ist, da es kein gegenseitiges Züchtigungsrecht der Gatten gibt; vergl. Finger II S. 53 f.

e) Zeugen oder Sachverständige, während sie in der Ausübung ihres Berufes begriffen sind, oder wegen derselben: Österreich § 153.

f) Geistliche während ihrer Funktion; oder auch wegen derselben: England (Stephen Art. 267, e, f), Frankreich Art. 263, Österreich § 153.

g) Oberhäupter auswärtiger Staaten und die beglaubigten Vertreter derselben: Italien Art. 128, 130.[1])

Das norwegische StrGB. und der Schweizer Entw. nehmen auf alle diese Umstände nicht ausdrücklich Rücksicht.

[1]) Ähnlich Österreich, § 494, lit. a, für Beleidigungen.

9. Das Strafensystem und seine Wirkung.

Das RStrGB. teilt mit vielen kontinentalen Rechten eine relative Milde gegenüber den KV., die im höchsten Grade auffallend ist. Die Integrität der Person wird geringer eingeschätzt als das Vermögen. Das ist wohl zum Teile das Ergebnis „sittlicher und wirtschaftlicher Vorstellungen", die heute als überwunden gelten müssen[1]); zum Teile ist es ein Zeichen noch weit verbreiteter Roheit und Unkultur, welche das Raufen als Bewährung physischer Kraft mit einem romantischen Schimmer umkleidet. Zu einem großen Teile aber ist es die Folge „der bis an das Absurde grenzenden Art, wie unser Gesetz mit sog. qualifizierenden und privilegierenden Merkmalen . . . . wirtschaftet, oder wohl auch Verbrechenstatbestände differenziert durch Momente, welche für die Schuld keineswegs immer bedeutungsvoll sein müssen."[2]) Wir haben gesehen, wie das Gesetz den leichtesten Schlag und den schwersten Knochenbruch unter einem Titel abtut, wie es zufällig, fahrlässig, wissentlich und absichtlich herbeigeführte Folgen gelegentlich in einen Topf wirft, wie es zwischen kaltblütig überlegter Grausamkeit und der menschlich begreiflichen Affekthandlung nicht unterscheidet. Die notwendige Folge dieses Mangels an Differenzierung ist das Entstehen eines gewissen mittleren Maßes in der Reaktion gegen die KV., welches Maß weder den leichtesten, noch den schwersten Fällen derselben entspricht. Der Mangel an Energie zeigt sich in der bereits erwähnten Straflosigkeit des Versuches der „leichten" KV., in dem Antragserfordernisse, welches bei den Vermögensdelikten regelmäßig fehlt, und in dem Strafsatze.

1. Das Antragserfordernis.[3])

A. Das deutsche Recht.

Der § 232 RStrGB. bestimmt in der Fassung der Novelle von 1876:

„Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen (§§ 223, 230) tritt nur auf Antrag ein,

[1]) Vergl. Wach, Reform S. 26f.; Anton Menger, Neue Staatslehre, Jena 1903 S. 190f. führt das Mißverhältnis in der Bestrafung der KV. und der Vermögensdelikte auf die kapitalistische Wirtschaftsordnung zurück.

[2]) So Wach a. a. O. S. 27.

[3]) Das Antragserfordernis wird hier nur in Beziehung auf die KV. behandelt.

insofern nicht die Körperverletzung mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist.

Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist die Zurücknahme des Antrages zulässig.

Die in den § 195, 196 und 198 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung."

Das Antragserfordernis ist also gegeben bei der vorsätzlichen „leichten" KV. des § 223, welcher neben wahren Lappalien auch vorsätzlich herbeigeführte Schädelbrüche umfaßt (sofern nicht die KV. mit Übertretung einer Amtspflicht usw. begangen worden)[1]; es ist nicht gegeben bei der gefährlichen KV. des § 223a, der neben schweren Messeraffären nach der Praxis auch leichte Schläge mit einem Stock oder Regenschirm umfaßt.

Der Antrag ist ferner erforderlich bei allen, auch den schwersten, fahrlässigen KV., außer den in § 230 Abs. 2 genannten.

Fällt aber die Handlung zufällig unter eine der Übertretungen, welche zum Schutze von Leib und Leben aufgestellt sind, dann ist sie als Übertretung ohne Antrag strafbar. Z. B. A hat seinen kleinen Hund[2]) auf B gehetzt und den B beißen lassen; das darin gelegene Vergehen des § 223 ist ohne Antrag straflos, die Übertretung nach § 366 Nr. 6 ist von Amts wegen strafbar; das gleiche gilt, wenn A den B durch fahrlässiges übermäßig schnelles Fahren (§ 366 N. 2) verletzt hat.[3])

Es ist klar, daß das Antragserfordernis der Energie der Strafverfolgung schweren Abbruch tut.

B. Das ausländische Recht.

Das geltende österreichische Recht kennt bei KV. im allgemeinen kein Antragserfordernis; nur bei leichten KV. unter Ehegatten und bei Tätlichkeiten gegen die Eltern ist die Sache anders: vergl. o. S. 342. Der Entw. § 237 entspricht dem RStrGB., nur daß eben nach dem Entw. die leichte KV. etwas anderes ist als nach RStrGB.[4])

---

[1]) RG. (II) v. 25. Okt. 81, E. 5, 74; Olshausen zu § 232 N. 2; Binding, Lehrb. I S. 52; John in Goltdammers Arch. 25 S. 422; vergl. Protok. der Komm. f. d. Reform d. Strafproz. I S. 290 oben.

[2]) Es ist dabei wohl die „lebensgefährliche Behandlung" des § 223a ausgeschlossen; vergl. oben S. 280 Anm. 2.

[3]) Vergl. Binding, Lehrb. I S. 79 und oben S. 285 Anm. 1.

[4]) Zu der mittelschweren KV. gehört insbesondere die an Aszendenten begangene; der Vorschlag, auch hierfür Antrag zu fordern, wurde mit folgender Motivierung abgelehnt: Die körperliche Verletzung der Eltern ist ein schweres Delikt; ist das Kind strafmündig, „so steht zu besorgen, daß der alte Vater oder die alte Mutter aus Furcht vor dem rohen Kinde die Stellung des Antrages unterläßt. Wenn nun gleichwohl im ganzen Dorfe jedermann weiß, daß der gebrechliche alte Vater von seinem Sohne regelmäßig mißhandelt wird und der Bursche nichtsdestoweniger frei herumgeht, sich vielleicht seiner Tat rühmt und niemand ihm beikann, so verletzt dies das allgemeine Rechtsgefühl und ist die Straflosigkeit besonders bedenklich wegen des bösen Beispieles, welches hierdurch der Jugend gegeben wird". Bemerkungen S. 304f.; vergl. Bericht S. 61.

Das italienische StrGB. kennt das Antragserfordernis bei den leichtesten dolosen KV., ferner bei den kulposen KV. der ersten und der zweiten Stufe (Art. 372, letzter Abs. und Art. 375 Z. 1).

Nach dem Schweizer Entw. ist Antrag erforderlich bei den „Tätlichkeiten" des Art. 234, bei der vorsätzlichen einfachen, durch keinen schweren Erfolg qualifizierten KV. des Art. 73, sofern der Täter nicht eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gebraucht hat; ferner bei leichteren fahrlässigen KV. (Art. 78).

Scheinbar sehr weitgehend ist das norwegische Gesetz; es verlangt Antrag bei allen fahrlässigen KV. (§§ 237 Abs. 2; 238 Abs. 2); ferner bei der leichten und mittleren vorsätzlichen KV.; nur daß es hier ein Sicherheitsventil aufmacht durch die Worte: „es sei denn, daß das Verbrechen den Tod zur Folge gehabt, oder daß allgemeine Rücksichten die Verfolgung fordern" (§§ 228 Abs. 4; 229 Abs. 2). Die Motive (S. 213f.) bemerken dazu in sehr beachtenswerter Weise: „Personen, die einen Hang zu Schlägerei und Streit an den Tag legen, muß die Behörde aus eigener Initiative in Behandlung nehmen können, umsomehr als oft diese Eigenschaft sie gegen eine Klage des Verletzten schützen wird, der sich fürchtet, sich ihrem Hasse auszusetzen. Anderseits muß die Behörde gewiß nicht unbedingt jede KV. verfolgen; namentlich wenn der Verletzte selbst durch sein Verhalten den Anlaß dazu gegeben hat, wird Grund sein, die Verfolgung ihm selber zu überlassen."

Ganz ähnlich bestimmt das dänische Ges. v. 1. April 1905[1]) im § 2: „Gewalt gegen eine schuldlose Person soll, selbst wenn sie keine Verletzung oder anderen Schaden (allg. bürg. StrGB. § 200) veranlaßt . . . Gegenstand amtlicher Verfolgung sein, wenn entweder der Überfallene es beantragt oder nach Ansicht der Anklagebehörde das allgemeine Interesse dies erheischt . . . ."

In England, wo übrigens der Mangel einer öffentlichen Anklagebehörde in Betracht kommt, wird der Antrag des Verletzten bei den leichtesten Fällen des assault verlangt.[2])

Frankreich und die Niederlande kennen kein Antragserfordernis.

2. Die Strafen.

A. Das deutsche Recht.

Bei den Strafsätzen, welche das RStrGB. für die KV. aufstellt, ist die Vergleichung mit denen der Vermögensdelikte besonders kennzeichnend. Der Raub, „der freilich die direkte und entschlossene Leugnung der Ver-

[1]) Vergl. unten S. 350.

[2]) Vergl. Schuster in Strafges. d. Gegenw. I S. 651; Stephen, 4. Aufl. Art. 252 (in der 6. Aufl. entfallen).

mögensordnung ist"[1]), wird in seiner leichtesten Gestalt ungefähr dem Totschlage gleichgestellt (§§ 249, 212, 213). Der einfache Diebstahl ist mit Gefängnis bis zu 5 Jahren, die „leichte" KV. mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu 3 Jahren bedroht (§§ 242, 223). Bei der schweren KV. nach § 224 RStrGB. ist das Strafmaximum 5 Jahre Zuchthaus; bei dem Diebstahl aus einem Gebäude mittels des berüchtigten „Erbrechens von Behältnissen", oder mit falschen Schlüsseln 10 Jahre Zuchthaus! (§ 243). Die letztere Strafe ist das Strafmaximum für die mit der kaltblütigsten Grausamkeit verübten schweren KV. nach § 225 RStrGB.[2])

Bei den Vermögensdelikten berücksichtigt das RStrGB. den Rückfall, bei den KV. nicht, obwohl es ein gewohnheitsmäßiges, ja ein gewerbsmäßiges Messerheldentum gibt. Der rückfällige Dieb, der ein Wäschestück vom Gartenzaun nimmt, wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft; begeht er aber einen der oben angeführten „schweren" Diebstähle, mit Zuchthaus von 2 bis 15 Jahren; er steht also in dem letzteren Falle weit schlechter als derjenige, der einem anderen absichtlich beide Augen ausgestochen hat, ungefähr gleich dem Zuhälter, der einen Kunden seines Schützlings ohne erweisliche Tötungsabsicht erstochen hat (§ 226), oder dem, wenn auch rückfälligen Giftmischer, der eine schwere KV. absichtlich herbeigeführt hat.

Auch im einzelnen fehlt jede planmäßige Anordnung und Zusammenstimmung der Strafsätze. Wir haben gesehen, daß die auffallend hohen Strafsätze der Vergiftung nicht zu denen des Totschlages gestimmt sind. Mildernde Umstände sind bei der Vergiftung nicht zugelassen, obwohl sie auch im Affekt begangen werden kann. Bei absichtlicher Tötung ohne Überlegung sind mildernde Umstände zugelassen, und das Strafminimum beträgt dann 6 Monate Gefängnis (§ 213); bei absichtlicher schwerer KV. ohne Überlegung sind mildernde Umstände nicht zugelassen, das Strafminimum beträgt 2 Jahre Zuchthaus (§§ 225, 228); ist der Verletzte zufällig an den Folgen gestorben, dann kann man wieder auf Gefängnis von 3 Monaten herabgehen (§§ 226, 228).[3])

B. Das ausländische Recht.

Sehr charakteristisch ist hier wieder das englische Recht; während etwa bis zum 18. Jahrhundert eine recht laxe Beurteilung vorherrschend war[4]), zeigt das neuere Recht auch in seinen Strafdrohungen eine hohe Wertung der Persönlichkeit. Schon die einfache Realinjurie, der common assault, ist im Maximum mit 1 Jahr imprisonment and hard labour be-

[1]) Menger, Neue Staatslehre S. 191.

[2]) Ein besonders krasser Fall — Bettler verstümmeln ein Kind, um es zu ihrem Gewerbe zu brauchen — wird unten (Vorschläge) mitgeteilt.

[3]) Vergl. John in Goltdammers Arch. 25 S. 404 ff.; Thomsen, Gerichtssaal 30 S. 91 ff.

[4]) Vergl. Stephen, History III S. 108 ff.; Pollock u. Maitland, History (1895) II S. 485 ff.

droht.[1]) Die zweite Stufe (assault mit wirklichem körperlichen Schaden) wird mit penal servitude von drei Jahren oder imprisonment mit oder ohne hard labour bis zu zwei Jahren bestraft[2]), ebenso die „wissentliche“ Verwundung oder schwere KV.[3]); die beabsichtigt schwere KV. zieht im Maximum lebenslange penal servitude nach sich.[4]) Auffallend ist die scharfe Ahndung der absichtlichen Verletzung der Persönlichkeit: der assault, der ja Absicht voraussetzt, qualifiziert durch den geringsten körperlichen Schaden des Angegriffenen, steht der nicht beabsichtigten wissentlichen schweren KV. gleich. — Die Entwürfe halten an diesen Grundsätzen im allgemeinen fest.[5])

Diese Strafsätze sind absolut genommen ganz ausreichend; einen Vergleich mit den entsetzlich hohen Strafdrohungen gegen Vermögensdelikte (vergl. z. B. Schuster in Strafgesetzgebung der Gegenwart I, S. 662) halten sie nicht aus. Auch in England ist der Geldbeutel des Menschen weit energischer geschützt als seine geraden Glieder.

Der Entw. der Vereinigten Staaten zeigt ebenfalls eine ernste Auffassung des Verbrechens der KV. Die Strafen steigen bis zu zwanzig Jahren imprisonment an; im einzelnen aber ist eine feinere Durcharbeitung der Strafsätze nicht zu erkennen.

Im französischen Recht sind die Strafrahmen für fahrlässige KV. ganz unzureichend (s. o. S. 265 f.); die Strafen der vorsätzlichen KV. steigen bis zu travaux forcés à perpétuité, aber ganz schematisch und willkürlich angeordnet (vergl. o. a. a. O. und die Tabellen bei Garçon, S. 737, 754, 760). Die nähere Darlegung des „Systems“, welches befolgt wird, hätte nur negativen Wert. Der Rückfall ist durch Art. 56 ff. ausreichend berücksichtigt. Der Diebstahl ist weit strenger bestraft als die KV. Das belgische StrGB. hat ein besser durchdachtes Strafensystem, aber nicht ausreichende Strafsätze, so z. B. ist absichtliche Blendung, Verstümmelung usw. im Maximum mit 5 Jahren emprisonnement, bei Vorbedacht mit 10 Jahren réclusion bedroht; und selbst die Vergiftung mit der Absicht und mit dem

---

[1]) Ganz geringfügige Fälle sind straflos (s. oben S. 227 Anm. 9 u. 10). Die Strafskala beginnt mit Geldstrafen; der indecent assault ist mit 2 Jahren imprisonment bedroht; O. P. A. §§ 42, 43, 44; Stephen Art. 267, d, 268 u. 4. Auflage Art. 250, 252, 253; Schuster in Strafgesetzgebg. d. Gegenw. I S. 651 f.

[2]) O. P. A. § 47; Russel a. a. O. S. 317. Stephen Art. 265 u. Harris S. 189 geben als Maximum fünf Jahre an; der Grund dieser Divergenz ist mir nicht ganz klar, sie dürfte aber wohl auf die wiederholten Änderungen des Minimums der penal servitude zurückzuführen sein, und zwar durch die Penal Servitude Act v. 1864 (vergl. Aschrott, Strafensystem u. Gefängniswesen in Engl., 1887 S. 59), die neuere Pen. Serv. Act. v. 1891 (vergl. Aschrott in Zeitschr. f. ges. Strafr. 17 S. 32) und die Statute Law Revision Act. v. 1892; ich halte mich an Russel III S. 204 Anm. g u. S. 282 Anm. ss; vergl. Stephen S. 1.

[3]) O. P. A. § 20.

[4]) O. P. A. § 18; Stephen Art. 257.

[5]) Beachtenswert die Strafskala des Entw. v. 1880: 1. assault (intentionally), sechs Monate imprisonment (§ 557); 2. causing actual bodily harm (intentionally), fünf Jahre penal servitude (§ 544 a); 3. causing grievous bodily harm (intentionally), vierzehn bezw. zwanzig Jahre penal servitude. Das sind ausreichende Strafmaxima!

Erfolge unheilbarer Erkrankung des Opfers usw. ist nicht strenger strafbar (Art. 400, 403); dem steht der gewöhnliche Diebstahl mit Hilfe von Nachschlüsseln gleich (Art. 467); der Diebstahl mit Gewaltanwendung kann aber den Tätern auch 20 Jahre travaux forcés eintragen (Art. 471).

Niederlande: Absichtliche schwere KV.: Gefängnis bis zu 8 Jahren (Art. 302); zwei Jungen stehlen bei Nacht aus einem Garten einen Apfel: Gefängnis bis zu 9 Jahren (Art. 311). — Der Rückfall ist bei der KV. berücksichtigt.

Italien: Ein Stich in den Bauch, welcher monatelange, lebensgefährliche Erkrankung zur Folge hat: Einschließung von 1—5 Jahren (Art. 372). — Diebstahl durch einen Dienstboten unter Verwendung eines verlorenen Schlüssels: Einschließung von 2—8 Jahren (Art. 404).[1] — Der Rückfall ist allgemein geregelt (Art. 80 ff.).

Österreichischer Entwurf: Schwerste KV. (§ 231): 1 Monat Gefängnis bis 10 Jahre Zuchthaus; Diebstahl von mehr als 1000 Gulden (§ 249): 3 Monate Gefängnis bis 10 Jahre Zuchthaus. — Der Rückfall wird bei der KV. nicht berücksichtigt.

Der russische Entw. straft die sehr schwere KV. strenger als den Diebstahl und gleich streng wie die schwersten Fälle des Raubes. (Gretener III, S. 11; IV S. 58f., 70; Rückfall: Gretener I, Art. 58).

In Norwegen sind wenigstens die schwersten Fälle der KV. schwerer strafbar als die schwersten Diebstähle, allerdings nicht so schwer wie Raub. Der Rückfall ist gut berücksichtigt[2]); daß die selbstverschuldete Trunkenheit von den Gründen der Strafmilderung in § 56 ausgenommen ist, wird insbesondere für die KV. große Bedeutung haben. Die Strafsätze sind jedoch auch hier nicht zureichend, wie sich aus folgender Parallele ergibt:

A hat vorsätzlich jemand an der Gesundheit beschädigt, und es ist daraus in voraussehbarer Weise dessen Tod erfolgt; Strafe: Gefängnis bis zu 8 Jahren (§ 229).

B hat sich verkleidet und hat aus einem Magazine mittels falscher Schlüssel etwas gestohlen; die Strafe ist die gleiche (§§ 258 Z. 3, 259 Z. 3, 261).

Der Schweizer Entw. zeigt seine besondere Energie gegenüber dem Rückfall („Verwahrung vielfach Rückfälliger" auf 10—20 Jahre) auch bei Verbrechen gegen Leib und Leben (Art. 29; vergl. die allgemeine Bestimmung über Rückfall in Art. 51). Als wirksame Maßnahme wird sich auch das Wirtshausverbot des Art. 34 erweisen: „Ist ein Verbrechen auf übermäßigen Genuß geistiger Getränke zurückzuführen, so kann der

[1]) Der Bericht der Senatskommission zu Art. 353 des Entw. sub V erkennt an, daß die Strafdrohungen für KV. unzureichend sind, und nimmt eine nachfolgende Revision derselben in Aussicht; diese ist jedoch ausgeblieben.

[2]) § 230: „Die Strafen der §§ 228 und 229 können bis um die Hälfte erhöht werden, wenn der Schuldige bereits früher wegen eines Verbrechens von gewalttätiger Art bestraft worden ist."



Richter dem Schuldigen, neben der Strafe, den Besuch der Wirtshäuser für die Zeit von einem bis zu fünf Jahren verbieten." Im übrigen unterscheidet sich der Entwurf nicht von der durchschnittlichen Auffassung: die höchste, für vorsätzliche sehr schwere KV. angedrohte Strafe beträgt Zuchthaus bis zu 8 Jahren (Art. 71); der Diebstahl „auf freche Art" ist mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bedroht (Art. 79).

Die Einsicht, daß mit der bisherigen Milde gegen Roheitsdelikte nichts auszurichten sei, hat ganz besonders in Dänemark[1]) Platz gegriffen. Tätlichkeiten gegen „schuldlose Personen" wurden schon durch ein Gesetz von 1897 mit strengeren Freiheitsstrafen bedroht. Dabei wurde der „Hang zu rohem und gewaltsamem Verfahren" und der Rückfall gut berücksichtigt. Das Gesetz vom 1. April 1905 geht den Gewalttaten noch schärfer zu Leibe; es enthält höchst charakteristische Bestimmungen, die hier im Auszuge folgen:

§ 1. „Wer gegen eine schuldlose Person — das ist eine Person, deren Verhalten keinen begründeten Anlaß zu der Gewaltshandlung geben konnte — Gewalt verübt, die zwar nicht eine Verletzung oder einen anderen Schaden verursacht (allg. bürgerl. StrGB. § 200), dem Überfallenen jedoch ein nicht rein vorübergehendes körperliches Leiden bereitet hat, ist mit Gefängnis oder Zwangsarbeit zu bestrafen. Im Wiederholungsfalle .... kann bis zu 6 Jahren Strafarbeit erkannt werden".... (folgen entsprechende Strafschärfungen für die anderen Fälle der KV.).

„Bei Bemessung der Strafe gemäß diesem Paragraphen ist besonders zu berücksichtigen, ob die Gewalthandlung von mehreren in Gemeinschaft begangen ist."

§ 5. „Auf körperliche Züchtigung ist als Zulage zu der im übrigen in öffentlichen Sachen verwirkten Strafe gegen Personen männlichen Geschlechts von 18—55 Jahren zu erkennen:

1. für solche gegen schuldlose Personen begangene Gewalthandlungen der in den §§ 200—204 allg. bürgerl. StrGB. erwähnten Arten, die dem Überfallenen erheblichen Schmerz, längeres Krankenlager oder längere Arbeitsunfähigkeit verursacht haben, sofern der Täter dies beabsichtigt hat oder es doch als natürliche, nicht unwahrscheinliche Folge der Tat hat voraussehen müssen und er daneben im Lauf der letzten 5 Jahre in einer öffentlichen Sache wegen vorsätzlicher Gewalt oder eines mit vorsätzlicher Gewalt verbundenen Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mindestens 200 Kronen .... verurteilt worden ist ... Jedoch kann der Umstand, daß das Verbrechen im selbstverschuldeten Rausch begangen ist, keineswegs die Anwendung körperlicher Züchtigung bei Per-

[1]) Vergl. Olrik in den Mitt. der intern. krim. Vereinigung VI S. 210ff., und in Strafges. d. Gegenw. II S. 463; Tybjerg in Monatsschr. f. Kriminalpsychologie I S. 415ff., II S. 133f. Das „zeitweilige Gesetz über einige Änderungen in der Strafgesetzgebung" vom 1. April 1905 zitiere ich nach einer mir vom Reichsjustizamte zur Verfügung gestellten Übersetzung.

sonen ausschließen, denen im Begehungsaugenblick die für die Strafe erforderliche Zurechnungsfähigkeit nicht gänzlich gefehlt hat.“

§ 6. „Wird jemand in amtlich verfolgter Sache der Gewalt gegen eine schuldlose Person . . . . . schuldig erkannt, und findet das Gericht, daß das Verbrechen unter Einwirkung spirituöser Getränke begangen ist, so kann im Gerichtsprotokoll noch verfügt werden, daß Betreffender innerhalb eines gewissen Zeitraumes, doch nicht über 5 Jahre hinaus von seiner Entlassung an gerechnet, in keiner Schankwirtschaft spirituöse Getränke zu sich nehmen, auch nicht außerhalb seiner Wohnung in sichtbar betrunkenem Zustande betroffen werden darf . . . .“ (Übertretung des Verbotes zieht Gefängnis oder Zwangsarbeit bis zu 3 Monaten nach sich; es kann auch ein gewerbepolizeiliches Verbot erlassen werden, an solche Personen Spirituosen auszuschenken).

3. Retorsion und Kompensation.[1])

A. Das deutsche Recht.

Der § 233 des RStrGB. bestimmt: „Wenn leichte KV. mit solchen, Beleidigungen mit leichten KV. oder letztere mit ersteren auf der Stelle erwidert werden, so kann der Richter für beide Angeschuldigte, oder für einen derselben eine der Art oder dem Maße nach mildere oder überhaupt keine Strafe eintreten lassen.“

Für beide Angeschuldigte: gemeint ist offenbar für beide Täter, so wie der entsprechende § 199 von beiden Beleidigern spricht. Es kommt nicht darauf an, ob beide prozessual angeschuldigt sind.[2])

Der Gedanke dieser Bestimmungen ist nicht ganz klar; sie beruhen auf einer Mischung verschiedenartiger Gesichtspunkte, unter welchen im Laufe der geschichtlichen Entwicklung das Institut betrachtet wurde.[3])

Am einfachsten scheint noch die Stellung des zuerst Angegriffenen zu sein; man nimmt allgemein an, daß seine Begünstigung auf die Berücksichtigung seines justus dolor zurückzuführen sei; dafür spricht auch der Umstand, daß Erwiderung „auf der Stelle“ verlangt wird: nur in diesem Falle gibt der Gesetzgeber die Möglichkeit des höchsten Affektes zu; so verlangt er auch für die Milderung der Totschlagsstrafe in § 213, daß „der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden“.

Hier stocken wir schon; jemand mißhandelt mein Kind, ich komme dazu und versetze dem Täter im Zorne einen Schlag. Der § 213 erkennt an,

[1]) Die historische Entwicklung und die allgemeine Bedeutung des Institutes darzustellen ist nach dem Arbeitsplane nicht meine Aufgabe.

[2]) Vergl. Olshausen zu § 233 N. 1a.

[3]) Eine umfassende Geschichte des Institutes liefert Beling, Retorsion und Kompensation von Beleidigungen und KV., 1894.

daß hier justus dolor vorliegt; nicht so der § 233.[1]) Woher dieser Unterschied?

Ferner: nach § 233 sind kompensabel — das Wort drängt sich uns förmlich auf — leichte KV. und Beleidigungen. Nun wird A schwer verletzt und erwidert mit einer leichten KV. oder einer Beleidigung; vom Standpunkt des Affektes aus wäre dies doch noch eher zu entschuldigen; das Gesetz entschuldigt in diesem Falle nicht[2]) und die Sache ist um so böser, als A ja zur Zeit der Tat gar nicht wissen kann, ob seine Verletzung schwer werden wird; verschlimmert sich durch Zufall seine Wunde, so kommt er zugleich um die Rechtswohltat des § 233.

Beide Erscheinungen sind nur zu begreifen, wenn wir bedenken, daß in der Geschichte dieses Institutes die — selbstverständlich ganz verfehlte — Analogie mit der privatrechtlichen Kompensation eine große Rolle gespielt hat; diese verlangt gleichartige Gegenforderungen zwischen denselben Personen; dem Gesetzgeber erscheinen nun Beleidigungen und leichte KV. als gleichartig, nicht aber leichte und schwere KV.

Noch schwerer ist die Stellung des ersten Angreifers zu erklären; Binding hält für die Meinung des Gesetzes, „daß der Angreifende durch den Angegriffenen eine genügende Strafe erhalten habe: eine Reminiszenz aus der Zeit, wo der Rächer strafte“.[3]) Dieses Moment hat wohl in der Tat mitgewirkt. Aber allein maßgebend war es nicht. Wie könnte der Gesetzgeber sonst die Einrechnung des zur Rache zugefügten Übels verweigern, wenn die Rache nicht „auf der Stelle“ erfolgte; oder nicht durch den Verletzten selbst, sondern durch einen seiner Angehörigen; oder gar erst, wenn der erste Angreifer mehr als eine talio erlitt, wenn seine Beleidigung oder leichte KV. mit einer schweren KV. erwidert wurde![4]) Auch da schlägt der Gedanke der Kompensation durch. Nur wenn auf beiden Seiten ganz oder teilweise kompensiert werden kann, findet der § 233 Anwendung.[5])

---

[1]) Vergl. Rüdorff-Stenglein zu § 233 N. 4; Binding, Lehrb. I S. 52; v. Liszt S. 281 Anm. 2.

[2]) Vergl. Geyer in v. Holtzend. Hdb. III S. 550 Anm. 8 und im Gerichtssaal 1874 S. 324, 329; Oppenhoff zu § 233 N. 4; Rüdorff-Stenglein zu § 233 N. 4.

[3]) Normen I S. 32; ebenso Dochow in v. Holtzend. Hdb. III S. 370f. Dagegen Geyer, Gerichtssaal 1874 S. 321ff., dem Binding einräumt, daß die gesetzlichen Bestimmungen durch diesen Gesichtspunkt nur zu erklären, nicht zu rechtfertigen sind; vergl. auch Hälschner II S. 114. Von Geyers Einwänden ist der eine nicht stichhaltig, daß folgerichtig jedes Übel, welches sich der Verbrecher durch das Verbrechen zugezogen hat, gleichsam in die Strafe eingerechnet werden müsse; so z. B. die Wunde, die er durch die Notwehr des Angegriffenen empfangen hat. Die Retorsion ist als Sühne, als Strafe von vornherein gedacht, die Notwehrhandlung darf gar nicht als solche auftreten.

[4]) In dem letzteren Falle findet § 233 keine Anwendung. Vergl. die oben Anm. 2 genannten Autoren.

[5]) Die Kompensation ist ausgeschlossen zwischen dem Amtsdelikt des § 340 und der gewöhnlichen KV., ebenso zwischen der rechtmäßigen Handlung und der KV., wobei ein Irrtum gleichgültig bleibt, da er kein Tatbestandsmoment betrifft; vergl. RG. (II) v. 4. Juli 82, E. 6, 432 (= R. 4, 672) und (III) v. 23. Sept. 82, R. 4, 709. Wie

Der Gesetzgeber behandelt also Beleidigungen und „leichte" KV. als gleichartig und kompensierbar; gedacht hat er offenbar an Ohrfeigen und Rippenstöße, nicht an Schädelbrüche und Messerstiche in den Bauch, welche nach RStrGB. auch „leichte" KV. sind bezw. waren. Zum Glücke ist die Vorschrift des § 233 nur eine Ermächtigung des Richters, von der er verständigerweise nur bei wirklich leichten KV. Gebrauch machen wird. Nach der herrschenden und wohl richtigen Ansicht bezieht sich diese Ermächtigung nicht auf die Fälle des § 223a, da das Gesetz auch in dem neu redigierten § 232 nur die Fälle des § 223 unter der Bezeichnung „leichte vorsätzliche KV." versteht.[1]) Wenn also A dem B einen Stockhieb versetzt, und B mit einem Faustschlag erwidert, müssen beide bestraft werden. Fahrlässige KV. sind nach dem Wortlaute des Gesetzes kompensierbar, wenn sie nicht schwer im Sinne des § 224 geworden sind.[2])

B. Das ausländische Recht.[3])

In England hat eine Provokation von bestimmter Qualität die Kraft, einen murder zum manslaughter herabzudrücken.[4]) Kein Zweifel, daß die Provokation bei der KV. im Ausmaße der Strafe berücksichtigt wird. Außerdem berichtet Harris[5]), daß bei assaults die Richter gelegentlich Kompensationen in der Art durchführen, daß sie mit Zustimmung des Anklägers eine Scheinbuße (a merely nominal fine) über den Angeklagten verhängen.[6])

Die Lehre von der „provocation" ist im französischen Rechte sehr ausgebildet[7]): „Le meurtre ainsi que les blessures et coups sont excusables, s'ils ont été provoqués[8]) par des coups ou violences graves

nun, wenn bei einem der beiden Täter ein Schuldausschließungsgrund vorliegt? Z. B. der erste Angreifer erweist sich nachträglich als wahnsinnig. Schlägt da der Gesichtspunkt des Affektes durch, dann wird man den Erwidernden von Strafe befreien können; anders wenn man die Kompensation betont; denn hier gibt es auf der einen Seite nichts zu kompensieren. Dagegen ist es zweifellos, daß Gründe, welche nur die Strafverfolgung hemmen, auch dem Gedanken der Kompensation nicht im Wege stehen. Vergl. Binding, Lehrb. I S. 53.

[1]) So RG. (I) v. 28. Okt. 79, R. 1, 23; (IV) v. 12. Okt. 86, E. 14, 360.

[2]) Herrschende Meinung; vergl. Oppenhoff zu § 233 N. 2; Rüdorff-Stenglein zu § 233 N. 2; Olshausen zu § 233 N. 1b; Binding, Lehrb. I S. 53. Rüdorff-Stenglein und Binding meinen, daß wohl eine fahrlässige KV. mit einer vorsätzlichen erwidert werden könne, aber nicht umgekehrt. Ich kann das nicht für richtig halten; A versetzt dem Gastwirt B in dessen Lokal einen Schlag, worauf B ihn so unvorsichtig hinausbefördert, daß A leicht verletzt wird; wenn wir bei B dolus eventualis annehmen, dann kann kompensiert werden, wenn er aber bloß kulpos gehandelt hat, nicht? Das Gesetz zwingt uns nicht zu dieser unbilligen Entscheidung.

[3]) Vergl. die treffliche Darstellung bei Rosenfeld, Tötungen S. 18ff.

[4]) Stephen Art. 245; Entw. v. 1879 § 176.

[5]) Principles S. 186.

[6]) Für die Vereinigten Staaten vergl. Entw. § 268 Z. 2 u. Wharton §§ 455ff., 619, 628.

[7]) Vergl. Code pénal Art. 321f., dazu Garçon; Chauveau u. Hélie 1427ff.; Blanche V N. 27ff.; Garraud II 612ff.

[8]) Das belgische StrGB. (Art. 411) sagt in Übereinstimmung mit der französ. Theorie: „s'ils ont été immédiatement provoqués"; vergl. Nypels N. 2.

envers les personnes“; die Wirkung dieser Entschuldigung ist eine bedeutende Herabsetzung des Strafrahmens. Als Rechtsgrund des Institutes gibt Garraud[1]) zutreffend die Rücksicht auf die durch eine offense injuste hervorgerufene gerechte Entrüstung des Täters an. Daß die offense eine „injuste“, der Angriff ein rechtswidriger sei, wird als selbstverständlich vorausgesetzt.[2]) Das führt zur Erkenntnis, daß die Bestimmung über die „Provokation“ eine wohlbegründete Berücksichtigung des Falles der Überschreitung der Notwehr im sthenischen Affekte mit sich bringt.[3]) Dies ist auch der Gesichtspunkt des Gesetzgebers; im unmittelbaren Anschlusse an die eben angeführte Stelle fährt der Code pénal (Art. 322) fort: „Les crimes ou délits mentionnés au précédent article sont également excusables, s'ils ont été commis en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances.“ Geschieht dies zur Nachtzeit, so wird ohne weiteres gerechte Notwehr angenommen (Art. 329).[4]) Besonders genannt sind noch zwei Fälle in Art. 324: „le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale“; das ist wohl auch auf coups et blessures anwendbar[5]), gilt aber nicht im umgekehrten Falle für die Frau.[6]) Ferner bestimmt der Art. 325: „Le crime de castration, s'il a été immédiatement provoqué par un outrage violent à la pudeur, sera considéré comme meurtre ou blessures excusables.“[7])

In den Niederlanden wurden die ursprünglichen Bestimmungen des Entw. über den Einfluß der Provokation (Art. 311, 330) fallen gelassen mit der Begründung, der Richter habe ja ohnehin die Möglichkeit, diesen Umstand genügend zu berücksichtigen, da das Gesetz kein Strafminimum kenne.[8]) Auch hier kommt ferner in Betracht, daß die Überschreitung der Grenzen der Notwehr straflos ist, wenn sie „die unmittelbare Folge einer durch den Angriff[9]) verursachten heftigen Gemütsbewegung“ war (Art. 41); wenn auch vielfach daran festgehalten wird, daß auch bei Notwehrexzeß immerhin eine Verteidigungshandlung vorliegen müsse, so ist doch darin teilweise die

---

1) A. a. O. N. 613.

2) Vergl. Chauveau u. Hélie 1436; Garraud 615; Garçon zu Art. 321 N. 39 ff.

3) Vergl. Garçon zu Art. 321 N. 9 ff., 32. — Chauveau u. Hélie 1432 f.; Garraud 615; Nypels zu Art. 411 N. 8, 12.

4) Vergl. belgisches Ges. Art. 412, 417.

5) Garraud 618; Garçon N. 22.

6) Garraud 618 (anders Belgien Art. 413); natürlich könnten der Frau circonstances atténuantes zugebilligt werden. — Der tatsächliche Rechtszustand weicht wesentlich ab: Mann und Frau werden von den Geschworenen in solchem Falle gleichmäßig freigesprochen.

7) Diese Bestimmung wurde in Belgien gestrichen, weil in dem genannten Falle selbstverständlich Provokation vorliegt. Nypels zu Art. 411 N. 4.

8) Vergl. Smidt II S. 433 f.

9) Der Entw. vom 14. September 1904 fügt ein: „oder durch den drohenden Angriff“.

Retorsion mitenthalten, und die Praxis hat gelegentlich auch ganz evidente Rachehandlungen unter Art. 41 gestellt.[1])

Das italienische Recht kennt die Kompensation bei der Beleidigung (Art. 397), nicht aber bei der KV.[2]) Die Provokation ist nach französischem Vorbilde behandelt, aber mit wesentlichen Verbesserungen; schon die Verweisung in den allgemeinen Teil des StrGB. ist eine solche; im Anschlusse an die Behandlung des Notwehrexzesses statuiert der Art. 51 geringere Strafe, wenn das Verbrechen begangen wurde „nell' impeto d'ira o di intenso dolore, determinato da ingiusta provocazione“ und weitere Herabsetzung der Strafe, wenn die Provokation eine schwere war. Es muß sich nicht mehr, wie im französischen Rechte, um Provokation durch „coups ou violences graves“ handeln. Besondere Sätze gelten für Tötungen und KV. in Eigentumsnotwehr bezw. Notwehrexzeß, bei Einsteigen, Einbrechen oder Brandstiftung (Art. 376)[3]); ferner für Tötung und KV., begangen an der Gattin oder gewissen nahen weiblichen Verwandten und deren Mitschuldigen, die im Ehebruch oder außerehelichen Beischlafe ertappt werden (Art. 378).[4])

Das norwegische StrGB. schließt sich diesen guten Mustern an:

§ 48 Abs. 4: „Ist jemand über die Grenzen der Notwehr hinausgegangen, so ist er nicht strafbar, wenn die Überschreitung nur in einer durch den Angriff hervorgerufenen Gemütsbewegung oder Bestürzung geschehen ist.“

§ 56: „Das Gericht kann die Strafe unter das angedrohte Mindestmaß und auf eine mildere Strafart herabsetzen, wenn jemand unter Überschreitung der Notwehr oder von berechtigtem Zorn getrieben eine strafbare Handlung begangen hat . . . .“

§ 228 Abs. 3: „Ist eine KV. mit einer KV. erwidert, oder wurde durch sie eine voraufgehende KV. oder Ehrenkränkung erwidert, so kann sie straflos gelassen werden.“

Das letztere gilt für die leichten vorsätzlichen KV. des § 228, auch wenn sie schwere KV. oder Tod zur Folge gehabt haben. Die Motive (S. 213) bemerken dazu: „Die Möglichkeit der vollständigen Freierklärung auf Grund von Wiedervergeltung wird begrenzt auf die Fälle des § 228 Abs. 3. Ist der Schade an Körper oder Gesundheit geradezu beabsichtigt, so wird Strafe jedenfalls am Platze sein, wenn auch nach den Umständen die Herabsetzung nach § 56 stattfinden kann.“

Der österreichische Entw. enthält im allgemeinen Teile eine Bestimmung, die auf Grund sorgfältiger Erwägungen[5]) formuliert wurde (§ 64): „Wird eine Beleidigung (§§ 204 ff.) oder KV. von dem Angegriffenen oder

[1]) Vergl. das bei Noyon I S. 214 zitierte Urteil des Utrechter Gerichtshofes; Smidt I S. 379 f.; Hagerup I S. 225 f.; Simons I S. 183 f.

[2]) Vergl. Majno N. 2371 Note 1; Crivellari VII S. 936 LV.

[3]) Diese Regelung war notwendig, da im allgemeinen nach italien. R. Eigentumsnotwehr unzulässig ist; vergl. relazione Zanardelli zu Art. 357 des Entw.

[4]) Vergl. Zanardellis Bericht an den König S. 144.

[5]) Vergl. Bemerkungen S. 17 (§ 65), 75, 150 ff.; Bericht S. 14.

einer ihm nahestehenden Person[1]) mit einer dieser Handlungen auf der Stelle erwidert, so kann der Richter für beide Beschuldigte oder für den minder Schuldigen bei Beleidigungen und bei den im § 229 bezeichneten [leichten] KV. von der Strafe ganz absehen und bei schweren und tödlichen KV. auf das Mindestmaß der angedrohten Strafart herabgehen."[2])

Für den Schweizer Entw. kommen folgende Stellen in Betracht:

Art. 24 Abs. 2: „Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen (Art. 50); hat er in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung gehandelt, so bleibt er straflos."

Art. 41 § 1: „Die Strafe kann gemildert werden: wenn der Schuldige .... durch schwere Reizung oder Kränkung, zu der er nicht Anlaß gegeben hat, augenblicklich zu der Tat hingerissen worden ist." (Vergl. Art. 243.)

4. Die Buße.[3])

A. Das deutsche Recht.

Der § 231 des RStrGB. bestimmt: „In allen Fällen der KV. kann auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auf eine an denselben zu erlegende Buße bis zum Betrage von sechstausend Mark erkannt werden.

Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus.

Für diese Buße haften die zu derselben Verurteilten als Gesamtschuldner."

Die Buße entstand aus dem Bedürfnisse, den aus gewissen Delikten sich ergebenden materiellen, insbesondere aber auch den immateriellen Schaden freier zu würdigen, die Höhe des Ersatzes larger zu bemessen, als dies der an rückständige materiellrechtliche und prozessuale Normen gebundene Zivilrichter vermochte. Daneben spielte der Gedanke einer an den Verletzten zu zahlenden Privatstrafe eine Rolle. Ganz besonders trat dieser Gedanke in den Motiven zu Entw. III, § 184 (Beleidigung) in den Vordergrund: „Hiernächst hielt der Entw. es für angezeigt, den Strafrichter zu ermächtigen, neben Auferlegung der öffentlichen Strafe den Verleumder

[1]) „Nun spricht aber ganz dieselbe ratio legis auch dafür, daß derjenige milder bestraft wird oder ganz straflos bleibt, der eine solche KV. oder Beleidigung, die einer ihm nahestehenden Person zugefügt wurde, sofort ahndet. Der Ehegatte z. B., in dessen Gegenwart seine Frau mißhandelt oder beschimpft wird, verdient, wenn er sich in gerechtem Zorne zu einer Beschimpfung oder KV. hinreißen läßt, gewiß genau so viel Rücksicht, als wenn er eine ihm selbst widerfahrene derlei Unbill in gleicher Weise sofort rächen würde" (Bem. S. 152). Vergl. RStrGB. § 213 und Rosenfeld, Tötungen S. 19.

[2]) Daneben hat der Entw. im besonderen Teile Bestimmungen über Provokation bei Tötung und KV. (§§ 217 Abs. 2; 221 Abs. 2; 231 Abs. 2; 232 Abs. 2; nicht bei der leichten KV. des § 229), die Ähnliches bestimmen; sie beruhen wohl nur auf einer Flüchtigkeit der Redaktion.

[3]) Auch hier muß ich auf den allgemeinen Teil verweisen und mich auf die Besonderheiten der Buße bei KV. beschränken.

überdies noch zur Zahlung einer Privatbuße an den in seinem Rufe Gekränkten zu verurteilen. Um indessen auch hierbei das Maß der Strafe dem Grade der Verschuldung anpassen zu können, ist das höchste Maß der Privatbuße überhaupt auf 1000 Tlr. festgesetzt worden. Übrigens sollen die etwaigen zivilrechtlichen Entschädigungsansprüche des Verleumdeten dadurch, daß der Verleumder zu einer solchen Privatbuße verurteilt worden ist, in keinerlei Weise geschmälert werden."

Das Gesetz betont dagegen wieder den Gedanken des Schadenersatzes im weiteren Sinne, der Genugtuung. In § 188 wurde als Voraussetzung der Buße bei der Beleidigung der Eintritt eines Schadens festgesetzt; und die Buße konsumiert jetzt den Ersatzanspruch. Im RStrGB. ist die Buße wesentlich ein Schadenersatz im weiteren Sinne[1]), wenn auch dieser Gedanke nicht rein durchgeführt ist.

Dem Entschädigungscharakter der Buße widerspricht die feste obere Grenze von 6000 Mark; offenbar kann der Schade aus einer KV. viel größer sein. Eine solche Grenze hatte Sinn für die Privatstrafe; bei einem Institut, das den Schadenersatz wenigstens mitumfassen will — und daß die Buße das will, steht außer Zweifel — ist eine so enge Grenze nach oben unverständlich.

Bedenklich ist gerade bei der KV. die Form der Entschädigung, welche n der Bezahlung eines Kapitales besteht, und die Zahlung einer Rente ausschließt.[2]) Das ist bei KV. mit dauernden Folgen, oder mit Folgen, deren Ende sich zur Zeit der Urteilsfällung nicht vorausbestimmen läßt, ganz unangemessen. Der Verletzte kann dabei sehr gut, aber auch, insbesondere bei einer unerwarteten Verschlimmerung seines Zustandes, sehr schlecht fahren. Die Buße drängt zur Pauschalierung des Schadens und trägt dadurch einen aleatorischen Charakter. Richtig ist bei der KV. nur die Rentenzahlung des BGB. §§ 843—845.

Im einzelnen seien folgende Punkte hervorgehoben:

Das Gesetz sagt: In allen Fällen der KV. kann auf Buße erkannt werden; also auch bei fahrlässiger KV., wobei mehrere Mitwirkende solidarisch haftbar gemacht werden können.[3]) Eine Einschränkung erfährt dies jedoch nach der Praxis des Reichsgerichtes[4]) durch die Bestimmungen der Unfallversicherungsgesetze, welche bei fahrlässiger Verursachung des Unfalls den Schadenersatzanspruch gegen den Unternehmer ausschließen; daraus

[1]) So die überwiegende Meinung; insbesondere in ständiger Rechtsprechung das Reichsgericht; Literatur und Judikate bei Olshausen zu § 188 N. 2; v. Liszt S. 271f.

[2]) RG. (IV) v. 25. Febr. 88, E. 17, 178; Olshausen zu § 188 N. 8, zu § 231 N. 2.

[3]) So RG. (I) v. 29. Nov. 83, E. 9, 223; andere lassen Solidarhaftung nur bei vorliegender Teilnehmerschaft zu; vergl. Olshausen zu § 231 N. 1. Binding, Lehrb. I S. 52 will nur Täter und Anstifter, nicht Gehilfen haften lassen.

[4]) RG. (III) v. 20. Nov. 93, E. 24, 397, betr. § 95 des Ges. v. 6. Juli 1884; vergl. jetzt Gewerbe-Unfallversicherungs-Ges. § 135, Unfallvers.-Ges. f. Land- u. Forstwirtschaft § 146; Olshausen zu § 231 N. 6; Frank zu § 231 N. 3.

folgert das Reichsgericht, daß auch die Buße, die ja dem Wesen nach Schadenersatz sei, entfalle.

Es muß aber eine wirkliche KV. eingetreten sein; bei dem Versuche der KV. nach § 255, welcher nicht einmal eine leichte KV. hervorgerufen hat, ist die Buße ausgeschlossen; das gleiche gilt für den Versuchstatbestand des § 229 Abs. 1 (Vergiftung).[1])

Bestritten ist, ob die an einer Schlägerei Beteiligten (§ 227 Abs. 1) zu einer Buße verurteilt werden können; ich möchte diese Frage verneinen; denn sie werden nicht wegen KV., sondern, aus polizeilichen Gesichtspunkten, wegen Beteiligung an einer Schlägerei verurteilt; die systematisch unrichtige Stellung des § 227 im Abschnitte von den KV. ist nicht entscheidend.[2])

Anderseits dürfen die Fälle, in welchen vorsätzliche oder fahrlässige KV. außerhalb des 17. Abschnittes des RStrGB. als qualifizierende Umstände eines Grunddelikts, oder als Tatbestandsmerkmal vorkommen, nicht von der Buße ausgeschlossen werden.[3])

B. Das ausländische Recht.

Der österreichische Entw. rezipiert die Buße für KV. (auch für Tötungen). Ein Ausschußbericht (Bemerkungen S. 303) sagt darüber: „Die Geldbuße bei KV. hat nicht nur die Bedeutung des sogenannten Schmerzgeldes [welches in Österreich zivilrechtlich angesprochen werden kann], sondern ist zugleich als Vergütung für die Beeinträchtigung des Erwerbes zu betrachten"; die Geltendmachung dieser Ansprüche im Zivilrechtswege könne auf bedeutende Schwierigkeiten stoßen[4]), weshalb es sich empfehle, den Höchstbetrag der Buße zu erhöhen.

Der Entw. (§§ 28, 236) bringt gegenüber dem Reichsrechte folgende Änderungen: die Zuerkennung einer Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches vor dem Zivilrichter nicht aus; der Anspruch auf Buße geht im Falle des Todes des Verletzten auf die ihm gegenüber Alimentationsberechtigten, sowie auf seine Erben über.[5])

Der österreichische Entw. betont also weit mehr als das RStrGB. den Ersatzcharakter der Buße, doch ist das Moment der Strafe in derselben noch nicht ganz verwischt.[6])

[1]) Beides ist bestritten, aber überwiegende Meinung; s. die Lehrbücher und Kommentare.

[2]) So Binding, Lehrb. I S. 78; Frank zu § 231, II u. a. m.; dagegen Olshausen zu § 231 N. 4 u. a. m., vergl. RG. (I) v. 6. Dez. 97, E. 30, 367.

[3]) So v. Liszt S. 320; Binding, Lehrb. I S. 52; Frank vor § 223, II u. a. m. Dagegen Olshausen zu § 231 N. 5 u. a. m. Eine allgemein anerkannte Ausnahme bildet der § 205.

[4]) Vergl. über die Buße im allgemeinen die guten Ausführungen in Bemerkungen S. 119f.

[5]) Vergl. Bericht S. 56 (zu § 227), S. 61 (zu § 236).

[6]) Es war ursprünglich stärker hervorgehoben; der Ausschußbericht zu Entw. II sagt es ganz deutlich, daß „die Geldbuße zwar eine Entschädigung für den Verletzten, aber nicht dieses allein, sondern zugleich eine Strafe für den Schuldigen sein soll". Bemerkungen S. 120.



Das italienische Recht kennt neben dem Schadenersatz eine Art „Ehrengeld"; der Richter kann bei jedem Verbrechen, welches die Ehre der Person oder der Familie verletzt — also auch bei injuriösen KV. — auf Antrag eine bestimmte Summe als Genugtuung „a titolo di riparazione" zusprechen.[1])

Im russischen Entw. fehlt die Buße; „die Veranlassung zur Einführung kann durch eine entsprechende Reform der Zivilprozeßgesetze beseitigt werden; anderseits mußte vom Standpunkte des Strafprozesses eine solche halb strafrechtliche, halb zivilrechtliche Nebenfolge nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten. In höherem Betrage gestattet, räumt sie dem richterlichen Ermessen zu großen Spielraum ein; in geringerem Betrage zugelassen, genügt sie ihrer Bestimmung nicht, einen Ersatz in den Fällen zu bieten, wo der Beweis eines bedeutenden materiellen Schadens im Wege des Zivilprozesses schwierig erscheint" (Gretener III, S. 11).

Die anderen zur Vergleichung herangezogenen Gesetzgebungen kennen das Institut der Buße bei KV. nicht. Daraus darf man aber keine unrichtige Folgerung ziehen. In Ländern, wo einerseits das zivile Schadenersatzrecht, in freiester Weise gehandhabt, auch den Immaterialschaden umfaßt, anderseits der Anschluß der Beschuldigten an das Strafverfahren als partie civile erleichtert ist, so z. B. in Frankreich, besteht natürlich kein Bedürfnis nach einer Buße.

5. Die Wirkung der Strafe.

In Deutschland zeigt die Kriminalstatistik[2]) eine bedenkliche Zunahme der KV. und eine Verschärfung ihres Charakters nach allen Richtungen hin.

Während früher der Diebstahl die führende Rolle hatte, ist er jetzt durch die Zahl der KV. weit überflügelt worden, wie die nachfolgende Tabelle zeigt:

Zahl der im Jahresdurchschnitte verurteilten Personen wegen	1882 bis 1891	auf 100000 Strafmündige	1892 bis 1901	auf 100000 Strafmündige
Einfache KV.	19 115	58	26 022	71
Gefährliche KV.	52 363	160	84 441	230
Schwere KV.	554	1,7	580	1,6
Einfacher Diebstahl	71 650	219	72 086	196
„ „ im wiederholten Rückfalle	11 322	35	12 149	33
Schwerer Diebstahl	7 747	24	9 463	26
„ „ im wiederholten Rückfalle	2 516	7,7	2 756	7,5

[1]) Art. 38. Über die Unklarheiten dieses der deutschen Buße verwandten Institutes vergl. v. Liszt, Aufsätze I S. 268f.

[2]) Die folgenden Angaben sind entnommen aus der „Kriminalstatistik f. d. J. 1902" (gibt die Daten v. 1901), Statistik des Deutschen Reiches, Band 155, Berlin 1904;

Die Eigenart des RStrGB. bringt es mit sich, daß diese Ziffern nach zwei Richtungen unvollständig sind. Vorerst wissen wir nicht, wie viele von den „leichten“ und „gefährlichen“ KV. einen halbwegs ernsten Charakter haben, wie oft es sich um „ungefährliche“ Balgereien gehandelt hat. Sodann wissen wir nicht, in wieviel Fällen ganz ernsthafter KV., die unter § 223 fallen, der Strafantrag unterblieben ist. Nur mit diesem Vorbehalte können wir an die weitere Betrachtung der statistischen Ergebnisse schreiten.

Die amtliche Statistik konstatiert[1]), daß die Gruppe der Roheitsdelikte, an ihrer Spitze die KV., eine andauernde Zunahme der Häufigkeit zeigt, während die Gruppe der Vermögensdelikte ziemlich konstant bleibt.

Dieselbe Statistik zeigt[2]), daß unter den wegen KV. Bestraften die Zahl der Vorbestraften stark zunimmt; dies ergibt sich aus folgender Tabelle:

Auf 100 000 Strafmündige entfielen Verurteilte wegen	Vorbestrafte				Nichtvorbestrafte			
	1882 bis 1886	1887 bis 1891	1892 bis 1896	1897 bis 1901	1882 bis 1886	1887 bis 1891	1892 bis 1896	1897 bis 1901
Diebstahl und Unterschlagung	119	120	138	139	224	193	183	162
Körperverletzung	48	70	103	128	160	169	191	196

Schließlich ist zu bemerken, daß nach derselben Quelle[3]) der Anteil der Jugendlichen an der Kriminalität bei KV. ein sehr großer ist.

Die wichtigsten Details für das Jahr 1901 zeigt folgende Tabelle:

	Verurteilte	darunter Jugendliche (12—18 Jahre)	davon Vorbestrafte, und zwar				
			über-haupt	1 mal	2 mal	3—5 mal	öfter
§ 223 einfache KV.. . .	27 193	1 184	11 410	4 381	2 271	2 913	1 844
§ 223a, gefährliche KV.	98 110	7 891	39 916	16 758	8 068	9 798	5 292
§ 224—226, schwere KV.	631	51	301	113	60	85	43
§ 227, Schlägerei. . . .	122*)	9	38	19	6	11	2
§ 229, Vergiftung . . .	9	4	3	1	1	1	—
§ 230, fahrlässige KV. .	4 612	579	1 253	638	280	235	100

*) Diese 122 Personen waren an 42 Schlägereien beteiligt.

---

dazu Högel, Die deutsche Rückfallsstatistik, Arch. f. Kriminalanthropologie u. Kriminalistik Bd. XIX S. 170ff. (dieser Aufsatz ist hier viel benutzt); ferner aus der „vorläufigen Mitteilung für 1903“ in den Vierteljahrsheften zur Statistik des deutschen Reiches, Jahrg. 1904, Heft IV S. 72ff.

[1]) A. a. O. S. 17.

[2]) A. a. O. S. 21f., 25.

[3]) A. a. O. S. 36.

In den Jahren 1902 und 1903 zeigt sich nach der „vorläufigen Mitteilung" eine geringe Abnahme dieser wahrhaft erschreckenden Ziffern.

Eine ähnliche steigende Tendenz haben die KV. in Österreich[1]), wo sie jedoch an zweiter bezw. dritter Stelle stehen.[2]) Man vergleiche folgende Tabelle:

	Zahl der Verurteilten in den Jahresdurchschnitten, bezw. Jahren								
	1881 bis 1885	1886 bis 1890	1891 bis 1895	1896	1897	1898	1899	1900	1901
Verbr. des Diebstahls	17588	14350	14328	13064	13682	16110	14568	14425	16034
Übertr. „ „	125035	116621	110052	108691	108901	118933	101867	116684	118430
Verbr. d. schweren KV.	4441	4704	4466	4819	4707	5084	5864	5532	5971
Übertr. d. vorsätzl. KV.	57027	62847	65190	73564	72479	76214	76880	81165	86344

Von 100000 Strafmündigen der Zivilbevölkerung wurden verurteilt in den Jahren:

	1881	1891	1901
wegen Verbrechens des Diebstahls	134	88	90
wegen Übertretung des Diebstahls	845	699	671
wegen schwerer KV.	27	28	33
wegen leichter KV.	340	394	489

Der Diebstahl geht also konstant zurück, die KV. nimmt ebenso zu.

Sehr häufig sind die KV. auch in Italien[3]), wo sie an zweiter Stelle stehen; im Jahre 1901 gelangten zur Anzeige 147452 Diebstähle und 81251 KV. Über die Bewegung in den letzten 14 Jahren gibt folgende Tabelle Auskunft[4]):

	1887 bis 1889	1890 bis 1892	1893 bis 1895	1896 bis 1898	1899	1900	1901
Jahresmittel der Anzeigen wegen KV.	87 796	77 985	81 464	86 737	88 148	87 996	81 251
Auf 100000 Einwohner	295	256	262	274	275	272	250

[1]) Die Angaben nach „Die Ergebnisse der Strafrechtspflege in den Jahren 1900 und 1901", Österr. Statistik LXXI. Band, 3. Heft, Wien 1904.

[2]) Die Übertretungen gegen die Sicherheit der Ehre (i. J. 1901: 91415) halten die Mitte; doch sind unter ihnen viele, die nach RStrGB. als KV. anzusehen wären; von den „schweren" KV. wären die meisten nach RStrGB. einfache oder gefährliche KV. Vergleiche sind daher schwer durchzuführen.

[3]) Statistica giudiziaria penale per l'anno 1901. Roma 1904.

[4]) A. a. O. S. XIV f. — Die amtliche Statistik weist darauf hin, daß die scheinbare Abnahme der KV. nach 1889 ihren Grund darin hat, daß das neue StrGB. in Art. 372 die Voraussetzungen des Antragserfordernisses erweitert hat.



In Frankreich[1]) steht die KV. ebenfalls an zweiter Stelle; hauptsächlich kommen die tribunaux correctionels in Betracht[2]); vor diesen wurden im Jahre 1902 wegen

vol angeklagt 41 640, davon freigesprochen 2381 Personen;

coups et blessures volontaires angeklagt 33 705, davon freigesprochen 2321 Personen.

10. Ätiologie der Körperverletzungen.

Die Ursachen des so häufigen Vorkommens der KV. ergeben sich zum Teile aus nationalen Eigenschaften; so spielt z. B. das heftige Temperament der Südländer eine große Rolle. Zum Teile sind aber die KV. ein Zeichen des tiefen und immer noch sinkenden Niveaus der Gesittung der breiten Bevölkerungsmassen. Die Schärfung der religiösen, nationalen, sozialen und politischen Gegensätze drückt sich in den steigenden Ziffern aus. Eine andere Erscheinung, welche unsere Kultur kennzeichnet, ist der übermäßige Genuß alkoholischer Getränke[3]); er führt als chronischer Alkoholismus zur Verrohung des Trinkers und zur Entartung seiner Nachkommenschaft; er führt als akute Erscheinung zu einer Hemmungslosigkeit des Trinkers, welche sich in allerlei Gewalttaten zum Ausdrucke bringt. Es ist zweifellos, daß in Deutschland und Österreich mehr als die Hälfte aller Roheitsverbrechen, insbesondere mehr als die Hälfte aller KV., von Trunkenen begangen wird.

[1]) Vergl. Compte général de l'administration de la justice criminelle pendant l'année 1902, Paris 1904.

[2]) Vor den Schwurgerichten wurden i. J. 1902 verurteilt wegen blessures et coups suivis de mort 85, wegen blessures et coups graves 8, wegen bl. e. c. envers un ascendant 2 Personen.

[3]) Vergl. meinen Aufsatz: „Alkohol und Verbrechen" in der Zeitschr. f. d. ges. Strafr. Bd. 23 S. 509 ff.; daselbst Literatur; seither erschienen Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 1903, S. 55 ff.

Zweite Abteilung.

Vorschläge für die künftige Gesetzgebung.

1. Der objektive Tatbestand.

Die große Weite des Begriffes der KV., wie sie die meisten der dargestellten Rechte uns zeigen, hat sich nach keiner Richtung hin bewährt; den Weg zum Besseren weisen der Schweizer und der revidierte russische Entwurf.[1]) Auszuscheiden und als besonderes Delikt von niedrigerer Gattung zu konstruieren sind bloße Tätlichkeiten, ein bloßes Vergreifen am Körper ohne ernste Folgen, und zwar in ziemlich weitem Ausmaße, — so weit, als der Gesetzgeber die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit der Initiative des Verletzten überlassen will. Wenn diese Tätlichkeiten zugleich beleidigenden Charakter haben, sind sie als tätliche Beleidigungen strenger zu strafen; zur Ergänzung des Schutzes der Persönlichkeit wird ferner ein möglichst weit reichendes Freiheitsdelikt geringerer Gattung dienen.[2]) Doch wird man sich vor dem modernen Fehler des Zuvielstrafens hüten müssen. Das Strafgesetz kann und soll nicht das Rechtsgut der Persönlichkeit in seinen feinsten Ausstrahlungen schützen; gegen „störende Einwirkung auf die Sinne“ (blendendes Licht, Gestank), gegen Erregung unangenehmer psychischer Affekte (Erschrecken durch plötzliches Schnalzen mit der Peitsche!) und ähnliche Behelligungen ist lediglich polizeilicher Schutz am Platze.

Als unterste Stufe der eigentlichen KV. wäre danach anzusetzen eine „erhebliche Schädigung des Körpers oder der Gesundheit“.[3]) So-

---

[1]) Vergl. Lammasch, Vorschläge S. 40f.

[2]) An dieser Stelle möchte ich noch auf den von Richard Schmidt im Gerichtssaal 42 (1889) S. 57ff. gemachten Vorschlag zurückkommen, ein „Verbrechen an dem Seelenleben des Menschen“ zu konstruieren, welches auch die moralische Integrität der Seele zum Schutzgut machen sollte. Es ist dies eine Abspaltung der „Verletzung der Persönlichkeit“, die offenbar den Rahmen meiner Aufgabe überschreitet; es sei nur konstatiert, daß die Kinderschutzgesetzgebung des Auslandes diesen Weg bereits betreten hat.

[3]) Es bedeutet dies eine Rückkehr zum preußischen Allgemeinen Landrecht, welches (II 20) bestimmt: „§ 796. Vorsätzlich zugefügte bloße Schläge, oder andere geringe Verletzungen, die für den Beschädigten von keinen weitern nachteiligen Folgen sind, sollen den Realinjurien gleich bestraft werden (§ 628 sqq.). § 797. Hat aber jemand dem andern schwere Beschädigungen, woraus für desselben Gesundheit oder Gliedmaßen ein erheblicher Nachteil entstehen können,

weit ich sehe, entspricht dies der volkstümlichen Anschauung; jedenfalls gewinnt dadurch das Delikt der KV. eine Einheitlichkeit und Geschlossenheit, die es uns erst ermöglicht, es in den wesentlichen Punkten (Einwilligung, Fahrlässigkeitsstrafe, Versuch, Antragserfordernis usw.) einheitlich zu behandeln.

Ob man innerhalb der KV. zwei oder drei Stufen aufstellen soll, hängt davon ab, wieviel Freiheit man dem richterlichen Ermessen einräumen will. Je weniger Stufen, desto weiter müssen die Strafrahmen jeder Stufe sein, um allen Fällen gerecht zu werden. Ich würde eine Dreiteilung in erhebliche, schwere und sehr schwere KV. in Vorschlag bringen.

Die Abgrenzung dieser Stufen wird nicht durch scharfe Linien, nicht durch taxative Aufzählungen erfolgen können; so sehr scharfe Begriffsbildung dem Juristen ein Bedürfnis, dem ärztlichen Sachverständigen eine Bequemlichkeit ist[1]), so haben wir aus der Darstellung des deutschen Rechtes gesehen, daß eine taxative Aufzählung zu den unerträglichsten Resultaten führt; die Vielgestaltigkeit der KV. spottet jedes Versuches der Kategorisierung; ich möchte nach dem Vorbilde des österreichischen und des niederländischen StrGB. ein gemischtes System empfehlen, eine beispielsweise Aufzählung der schweren und sehr schweren Folgen mit dem Beifügen: „. . . . oder wenn eine Verletzung von gleicher Bedeutung für Körper oder Gesundheit des Verletzten eingetreten ist". Die Unbestimmtheit, welche da noch übrig bleibt, erscheint in einem minder bedenklichen Lichte, wenn wir erwägen, daß ohnehin die Strafrahmen für die einzelnen Stufen der KV. mit Rücksicht auf die Strafzumessungsgründe weit übergreifend gestaltet werden müssen; wenn dann ein Fall z. B. an der Grenze der schweren und der sehr schweren KV. liegt, so wird sich die angemessene Strafe auswerfen lassen, mag man den Fall zu der einen oder zu der anderen Kategorie schlagen.[2])

Die beispielsweise Aufzählung wird reichhaltiger und jedenfalls sorgfältiger sein müssen als die taxative des § 224 RStrGB. Das Material ist im Vorhergehenden in reicher Fülle zur Auswahl gestellt; bei dieser Auswahl wird der Gesetzgeber sich des Rates erfahrener Gerichtsärzte

---

vorsätzlich zugefügt usw." Dem entspricht der § 192a der preuß. Novelle von 1856 (oben S. 219). Das generelle Kriterium hat mehr als ein halbes Jahrhundert praktischer Bewährung für sich (vergl. v. Tippelskirch im Gerichtssaal 25 S. 309); jeder Versuch, es zu spezialisieren, würde alles verderben. Unnötig ist es, mit der Novelle von 1856 auch noch die „länger dauernde Arbeitsunfähigkeit" hier zu erwähnen, da diese wohl stets eine an sich „erhebliche" KV. zur Voraussetzung hat (hierüber wäre noch ein ärztliches Gutachten einzuholen). Unrichtig wäre es, die lebensgefährlichen KV. mit v. Tippelskirch nur als „erhebliche" zu taxieren; sie sind „schwere", wie es auch das Gutachten der wissenschaftl. Deputation f. d. Medizinalwesen vorgeschlagen hat (s. oben S. 220).

[1]) Als wahre Fanatiker, denen nichts bestimmt genug ist, sind zu nennen Berner, Gerichtssaal 1866 S. 280ff.; Geyer in v. Holtzend. Hdb. III S. 535ff. und Gerichtssaal 1874 S. 283f., 286ff.; Hauser a. a. O. S. 94f., 110f.; Blumenstock in d. Wiener med. Pr. 1875 S. 41ff.

[2]) Vergl. Scheitlin, Ausscheidung, S. 124.

bedienen; ein besonderes kriminalistisches Bedürfnis ist es, die typischen Folgen der landesüblichen Raufereien und Messerstechereien nicht zu übergehen; die bösen Erfahrungen, die man mit einzelnen Formulierungen gemacht hat, müssen ständig berücksichtigt werden.[1])

Große Aufmerksamkeit erfordert die Frage, ob die Arbeitsunfähigkeit oder die Berufsunfähigkeit bei den Abstufungen der KV. berücksichtigt werden sollen. Man hat dagegen eingewendet, daß dadurch dem Zufalle Tür und Tor geöffnet werde. Gewiß! Aber die Haftung für den Zufall wird überhaupt aus dem Strafrechte verbannt werden müssen[2]); und es gibt auch schuldhafte Beeinträchtigungen der Arbeitskraft: A zerschlägt einem Geiger absichtlich einen Finger, damit er nicht mehr geigen könne[3]); B unterläßt die Anbringung einer Schutzvorrichtung an einer Schneidemaschine, obwohl er weiß — oder wissen sollte —, daß dadurch der die Maschine bedienende Arbeiter an seinen Händen, und damit an seiner Arbeitskraft bedroht ist. Der Schutz der Arbeitskraft, des für die Mehrzahl der Staatsbürger so ungemein wichtigen Gutes, ist eine der ernstesten Aufgaben des Gesetzgebers.[4]) Es wäre durchaus kein grundsätzlich zu verwerfender Gedanke, sie zu einem selbständigen Rechtsgute zu gestalten und ein Delikt der „Beeinträchtigung der Arbeitskraft" zu schaffen. Da aber eine solche Beeinträchtigung erfahrungsgemäß nur auf dem Wege der KV. vorkommt, so genügt es, die Schädigung der Arbeitskraft im Rahmen der KV. zu berücksichtigen. Dabei wird man genau unterscheiden müssen zwischen der Folge der Berufsunfähigkeit, durch welche der Verletzte aus seiner Lebensbahn gerissen wird, und der Folge der allgemeinen Arbeitsunfähigkeit, die es dem Verletzten unmöglich macht, einen anderen Beruf zu ergreifen. Arbeitsfähigkeit und Berufsfähigkeit können (zeitlich oder dauernd) aufgehoben oder bloß vermindert werden, was ebenfalls bei der Formulierung des Gesetzes nicht übersehen werden darf.

In gewissem Zusammenhange damit steht die Frage, ob man eine Gesundheitsstörung von bestimmter Dauer zur Abgrenzung der Stufen der KV. verwenden kann.[5]) Gewiß kann man eine KV. im allgemeinen als „schwer" bezeichnen, wenn sie z. B. dreißigtägige Krankheit zur Folge gehabt hat; der Zufall wird freilich auch hier eine störende Rolle spielen; der eine Verletzte hat einen tüchtigen Arzt, der ihn bald herstellt, der andere kann sich überhaupt nicht sorgfältig pflegen lassen u. dgl. m. Der

[1]) Vergl. Scheitlin, Ausscheidung, S. 99ff., der aber in Ermangelung eigener praktischer Erfahrung überaus doktrinär ist.

[2]) Sehr klar ist der Zusammenhang des angeführten Bedenkens mit der Zufallshaftung in der oben S. 220 Anm. 1 zitierten Stelle aus den preuß. Motiven v. 1856.

[3]) Vergl. Geyer bei Holtzend. Hdb. III S. 541.

[4]) Sehr zutreffend Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 2. Aufl. 1890, S. 140f., 190f. — Es ist doch recht sonderbar, daß nach RStrGB. absichtliche erhebliche Schädigung der Schönheit eines Menschen mit Zuchthaus von 2—10 Jahren, absichtliche Vernichtung seiner Arbeitskraft mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu drei Jahren bedroht ist! (§§ 225, 223.)

[5]) Vergl. Scheitlin S. 100ff.; Miřička S. 212f.

Zufall kann aber eliminiert werden, wenn wir den Gedanken dieser Maßbestimmung zum Ausdruck bringen und etwa sagen: „Eine KV. gilt auch als schwer, wenn sie bei gewöhnlichem Verlaufe und bei gewöhnlicher ärztlicher Behandlung eine dreißigtägige Krankheit bedingt hat."[1]) Grenzfälle werden auch hier durch das Übergreifen der Strafrahmen richtig behandelt werden können. Immerhin bliebe eine solche Bestimmung bedenklich, weil sie einen Rückfall in die Zufallshaftung herbeiführen könnte, und ich würde es vorziehen, wenn der Richter im konkreten Falle nach freiem Ermessen einen Rückschluß aus der Krankheitsdauer auf die Schwere der KV. ziehen dürfte.

Über die Wertung der ansteckenden Krankheiten wird unten (im 5. Abschnitte) noch zu sprechen sein.

---

2. Der Ausschluß der objektiven Rechtswidrigkeit.

1. Das Züchtigungsrecht bedarf reichsrechtlicher Regelung; es wird auf Tätlichkeiten zu beschränken sein; die eigentliche KV. kann nicht als Zuchtmittel anerkannt werden. Das ist die Grenze der gerechtfertigten Züchtigung; aber damit ist nicht alles getan; Kinder müssen auch gegen nicht gerechtfertigte Züchtigungen schlechthin geschützt werden, selbst wenn die Grenze der gerechtfertigten Züchtigung nicht überschritten wird. Das geschieht am besten durch besondere Kinderschutzgesetze.[2]) Dabei wird aber der Staat jedes voreilige Eingreifen vermeiden und die Strenge des Gesetzes nur gegen unverbesserliche Kinderquäler kehren.

2. Die Wirkung der Einwilligung bei der KV. bedarf ausdrücklicher gesetzlicher Regelung; diese wird sich sehr einfach gestalten: bei Tätlichkeiten und tätlicher Beleidigung wird durch die Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen; nicht so bei echter KV.; eine Disposition, durch die sich der Einwilligende einen erheblichen Schaden an Körper oder Gesundheit zuzieht, darf die Rechtsordnung nicht als gültig ansehen.

[1]) Bei der Krankheitsdauer wirkt das Verschulden nicht als Korrektiv des Zufalls; eine Absicht, jemanden für 30 Tage krank zu machen, dürfte kaum vorkommen, auch keine Fahrlässigkeit, die sich auf diese Ziffer bezöge. Die Krankheitsdauer ist nur eine Folge der Intensität der KV., und nur diese Intensität, nicht ihre Folge, steht regelmäßig in Beziehung zum Verschulden.

[2]) Die Behandlung der außerordentlich wichtigen Kinderschutzgesetzgebung und verwandter Gebiete (Schutz von Untergebenen) war nach dem gegebenen Arbeitsplane nicht meine Aufgabe. Daher ist im vorangehenden nicht bearbeitet u. a.: 1. England: die Children's Dangerous Performances Act von 1879; die Prevention of Cruelty to Children Act v. 1894; die Infant Life Protection Act von 1897; 2. Frankreich: Das Kinderschutzgesetz v. 24. Juli 1889; 3. Norwegen: §§ 218, 219; 4. Schweizer Entwurf Art. 77, 141, 235. Die Kinderschutzgesetzgebung wird zum Gegenstande besonderen, eindringlichen Studiums gemacht werden müssen; vergl. Reicher, Die Fürsorge für die verwahrloste Jugend, 3 Bde., Wien 1904.

Was die Einwilligung zu Gefährdungen betrifft, so sind hier jene Fälle zu berücksichtigen, wo das Leben die Übernahme gefährlicher Posten gebieterisch fordert; navigare necesse est, vivere non necesse; Seiltänzerstücke möchte ich dazu nicht rechnen; zur gesetzgeberischen Regelung scheint mir die Frage noch nicht reif.

3. Eine gesetzliche Bestimmung über die ärztliche Behandlung ist nach dem früher Ausgeführten nicht notwendig, eher schädlich.

---

3. Der subjektive Tatbestand.

Im allgemeinen Teile wird der Gesetzgeber den dolus regeln müssen, insbesondere die brennende Frage des dolus eventualis; sie wie bisher „der Wissenschaft und Praxis" zu überlassen, wäre Vogelstraußpolitik.[1]) Ich glaube, daß es gerade für das Gebiet der KV. und Tötung wichtig ist, zwischen Absicht und Wissentlichkeit zu unterscheiden.[2]) Die Absicht, der animus des römischen Rechts, der dolus directus oder determinatus der gemeinrechtlichen Doktrin, ist charakterisiert durch das schlichte Wollen des Erfolges; sie liegt vor, „wenn der Täter das Übel, welches mit dem Verbrechen verbunden ist, geradezu bedacht und beschlossen hat", wie der § 1 des österreichischen StrGB. trefflich definiert. Wissentlichkeit ist gegeben, wenn der Täter weiß, daß aus seiner Handlung der Erfolg mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit entstehen kann, und trotzdem — in „verbrecherischer Gleichgültigkeit" — handelt; er riskiert den Erfolg![3]) Diese Schuldform ist zu weit, um praktisch verwertbar zu sein.

---

[1]) Vergl. meine Schuldformen S. 252f., 264 und die dort zitierten (Savigny, Binding).

[2]) Ich habe in der Einleitung zu meinen „Schuldformen" diese Unterscheidung etwas breiter als hier dargestellt, die Ausführung aber dem zweiten Bande vorbehalten, den ich leider — nicht nur Bücher, auch Autoren haben ihre Schicksale! — noch nicht liefern konnte, aber in absehbarer Zeit nachzutragen hoffe. Bei der Kürze jener Darstellung war sie zahlreichen, mir leicht begreiflichen Mißverständnissen ausgesetzt. Zustimmend Hermann Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, S. 48f. (Seuffert hat mir nach Erscheinen des Buches brieflich mitgeteilt, er habe die Schuldlehre seit mehreren Jahren fast wortgetreu so vorgetragen, wie es in meiner Einleitung zu lesen steht). Miřičkas Buch steht ganz auf dem Boden meiner Theorie; doch bin ich mit dem Ausbau bei M. nicht immer einverstanden. Sehr nahe stehe ich den Lehren Stooß' („vorsätzliche Gefährdung") und v. Bars, sowie jener englischen und russischen Juristen, über die ich im rechtsvergleichenden Teile einige Andeutungen vorgebracht habe.

[3]) Gegen die Behauptung, daß es ein Wollen des Erfolges nicht gebe, vergl. neuerlich v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit (1903 S. 13ff.); er hat auch darin recht, daß die Mittel zum erstrebten Zwecke gewollt sind; unrichtig ist es aber, wenn er (S. 83f., 133f.) daraus deduziert: es müssen daher auch die notwendigen Folgen des Erstrebten gewollt sein. Der Wettläufer will als erster durchs Ziel; jeder Sprung, der vor diesem Erfolge liegt, ist als Mittel zum Zweck

Die Gefahr, welche der Täter nicht achtet, kann sehr groß sein und sich der Gewißheit nähern; dann ist der Täter nicht minder strafbar, als wenn er absichtlich gehandelt hätte. Die Gefahr kann sehr klein sein, so klein, daß sie fast vernachlässigt werden könnte; dann ist kein Grund, schwerer zu strafen als bei Fahrlässigkeit. Eine Klasse mittlerer Gefahr ist aber hervorzuheben: der Täter weiß, daß aus seiner Handlung das Übel „gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann".[1] Dafür ist die Strafe der Absicht zu streng, die der bloßen Fahrlässigkeit zu milde. Man denke zur Verbildlichung der Abstufungen der Wissentlichkeit an einen Automobillenker, der in enger Straße mit der

---

gewollt. Aus dem raschen Laufe folgt dann mit Notwendigkeit, daß der Läufer noch einige Sprünge über das Ziel machen muß. Wer ohne Voreingenommenheit die Sache betrachtet, wird sehen, daß der Läufer sich zu diesen Sprüngen psychisch anders verhält, als zu den ersteren; er will sie nicht, er nimmt sie in den Kauf. Um so weniger „muß" der Täter die bloß möglichen Folgen der Handlung wollen. So wenig ich solche Fiktionen der „Willenstheorie" mitmache (vergl. meine Schuldformen S. 8), so muß ich doch wieder dagegen Protest erheben, als Anhänger der „Vorstellungstheorie" ausgegeben zu werden, die das Wollen des Erfolges zunächst als unmöglich hinstellen wollte, es jedenfalls auch heute nicht genügend wertet. Beide Theorien sind unzureichend, und es muß die eine bei der anderen Anleihen machen, was dann zu der gegenseitigen Beschuldigung der Inkonsequenz führt. Nun haben sie sich auf die Franksche Formel geeinigt: Hat sich der Täter die fragliche Folge seiner Handlung nicht als notwendige, sondern nur als mögliche vorgestellt, dann müssen wir uns fragen: hätte er (ceteris paribus) so gehandelt, auch wenn er sich die fragliche Folge als eine notwendige vorgestellt hätte; wenn ja, dann liegt dolus eventualis vor! (so v. Hippel S. 135, vergl. v. Liszt, Lehrb. S. 172f.). Schade, daß diese Frage in den meisten Fällen nur der liebe Gott beantworten kann! Hätte der syphilitische junge Mann sich vom Beischlaf nicht abhalten lassen, wenn er sich den Erfolg der Ansteckung nicht nur als möglich, sondern als gewiß vorgestellt hätte? Hätte der Raufer zugestochen, auch wenn er bestimmt gewußt hätte, daß der Stich tödlich sein werde? Wer weiß das? Aber nehmen wir an, die Frage wäre durch ein Gottesurteil bejaht, und wir bestrafen den Täter wegen Vorsatz. Wofür wird er dann bestraft? Für eine Schuld, die er unter anderen Umständen auf sich geladen hätte, nicht für eine Schuld, d. h. eine Beziehung der Psyche zum Erfolg, die vorhanden war! Welchen Wert anderseits die Verneinung der Frage hat, mag folgendes Beispiel zeigen. Am 18. April 1905 berichtete der Berliner Lokalanzeiger, russische Bettler hätten ein entführtes Kind, um es zum Gegenstande des Mitleids zu machen, an beiden Augen geblendet und seine Glieder in unmenschlicher Weise verstümmelt. Nehmen wir an, das Kind wäre an den Verletzungen gestorben, und die Täter hätten dies — was wohl selbstverständlich ist — als eine „leicht mögliche" Folge ihrer Handlung vorhergesehen. Die Frage der Frankschen Formel können wir kraft der zufälligen Konstellation des Falles beantworten: Hätten die Bettler gewußt, daß das Kind an den Verletzungen sterben werde, so wären sie gewiß nicht so weit gegangen, weil man ja ein totes Kind nicht zum Betteln verwenden kann. In bezug auf den Tod des Kindes läge also nur Fahrlässigkeit vor. Das gilt wohl auch noch, wenn die Bettler das Experiment einigemale mit dem gleichen Erfolge wiederholen! Zeigt dieser Fall nicht deutlich, daß es sich bei der Wissentlichkeit nur darum handeln kann, eine wie große Gefahr des Erfolges die Täter in den Kauf genommen, riskiert haben, nicht aber darum, ob sie den Erfolg nicht gewollt, ihn abzuwenden gehofft haben?

[1]) Das ist die Formel, welche der § 1 des österr. StrGB. mit Benutzung der gemeinrechtlichen Doktrin (vergl. meine Schuldformen S. 176ff.) für den dolus indirectus geprägt hat; ich lasse also lediglich das Erfordernis des versari in re illicita, des dolosen Grunddeliktes, fallen und betone mit aller Schärfe, wie schon Böhmer und Nettelbladt-Gläntzer, daß der Täter die nahe Gefahr gewußt haben müsse.

größten Schnelligkeit an einem aufsichtslosen Kinde oder an mehreren vorbei oder mitten durch eine die ganze Straßenbreite ausfüllende Prozession fährt.

Man könnte, wie es der russische Entwurf tut, die Absicht mit den höheren Graden der Wissentlichkeit, unter einem Namen, etwa „Vorsatz", einheitlich behandeln. Aber ich glaube, daß gerade bei der Tötung und der sehr schweren KV. ein dringendes Bedürfnis nach einer Differenzierung besteht. Es gibt Gegenden, wo bei den landesüblichen Raufereien die Gegner direkt darauf ausgehen, einander die Augen auszustechen oder mit dem Daumen auszudrücken; welcher Unterschied zwischen einem solchen Unhold und etwa einem Kutscher, der im Zorn seinem Gegner einen Peitschenhieb ins Gesicht versetzt, trotzdem er weiß, daß er ihm auf diese Art „leicht" ein Auge ausschlagen könnte! Oder zwischen dem Bauernburschen, der bei der üblichen Messeraffaire blind zusticht und tötet, und dem Dirnenbeschützer, der seinen Rivalen absichtlich „kalt macht"![1]) Der Unterschied zwischen Vorsatz und Absicht, wie ihn § 225 des RStrGB., § 155a des geltenden österr. StrGB. und die englischen Rechtsquellen machen, entspricht durchaus einem tiefen Bedürfnisse; nur bei KV. geringeren Grades kann man der Einfachheit wegen die beiden Schuldarten vereinigen, wie es auch das RStrGB. tut.

Während so das gesunde Element der Unterscheidung zwischen der „Absicht" und dem sog. dolus eventualis sorgsam gewahrt und ausgebildet werden muß, wird das Unkraut der Erfolghaftung[2]) ebenso sorgsam ausgerottet werden müssen. Das neue deutsche Strafgesetz wird keine Spur des entarteten dolus indirectus mehr an sich tragen dürfen.

Um dies zu erreichen, genügt es aber nicht etwa, in das System des RStrGB. den Satz einzuflicken, daß für die qualifizierenden Folgen nur dann gehaftet werde, wenn sie fahrlässig herbeigeführt sind; wie könnte eine Fahrlässigkeit, wenn sie zu einem geringfügigen dolosen Grunddelikte hinzutritt, ein maßloses Hinaufschnellen des Strafminimums, ja selbst den Übergang

[1]) Nach österreichischem Recht ist das erstere Totschlag, das letztere Mord.

[2]) Zu den Gegnern der Erfolghaftung gehören die hervorragendsten Vertreter der klassischen Schule Deutschlands, insbes. Berner, Hälschner, Binding (der aber das Gebiet der KV. ausnimmt, s. oben S. 255 Anm. 2), Geyer, neuestens Wach, v. Bar; ihrer Bekämpfung sind auch meine „Schuldformen" zum großen Teile gewidmet (vergl. S. 266ff.); ich freue mich, daß ihre „scharfe und gerechte Kritik" des geltenden Rechtes u. a. die Zustimmung Bindings (Lehrb. I S. 17 Anm. 2) und Miřičkas (Strafschuld S. 94) errungen hat. Während zurzeit des Erscheinens meines Buches manche Neuere (insbesondere die moderne italienische Schule) noch mit der Erfolghaftung sympathisierten, ist seitdem auch die internationale kriminalistische Vereinigung unter Seufferts Führung in das Lager ihrer Gegner übergegangen (vergl. Mitteilungen Bd. XI S. 137). Auf dem besonderen Gebiete der KV. sind als bahnbrechend zu nennen Berner in Goltdammers Arch. 16 (1868) S. 738 und Kritik S. 55ff. (trotz der wahrhaft ergreifenden Darstellung leider unberücksichtigt geblieben); ferner Geyer in Holtz. Hdb. III S. 531ff. und im Gerichtssaal 26 (1874) S. 297f., 308f. Verdienstlich auch Scheitlin, Ausscheidung, bes. S. 80ff.; die gerichtlich-medizinische Literatur bekämpft durchweg die Erfolghaftung; vergl. Hauser a. a. O. S. 95.

zur Zuchthausstrafe rechtfertigen![1]) Es sollte doch endlich klar sein, daß, wenn ich absichtlich schlage und durch den Schlag fahrlässig töte, eine Idealkonkurrenz zweier Delikte vorliegt, und daß nichts den Gesetzgeber berechtigt, seine Regeln über diese zu verleugnen und die Strafen nicht nur zu addieren, sondern „geradezu nach einem nicht klar zu erkennenden Maßstabe zu potenzieren".[2])

Hat man dies einmal klar erkannt, dann ist die technische Durchführung des Gedankens überaus einfach. Man bestimme bedachtsam die Grundformen der KV. und ihre Strafen: einfache und schwere KV., Tötung; alle drei mit Absicht, Wissentlichkeit — oder beides zusammengefaßt als „Vorsatz" — und Fahrlässigkeit; und sonst nichts. Im allgemeinen Teile regle man die Idealkonkurrenz zweckmäßig (kein Absorptionsprinzip!). Trifft dann eine absichtliche einfache KV. mit einer fahrlässigen Tötung zusammen, dann wende man eben die allgemeine Regel an; ebenso, wenn absichtliche schwere KV. mit wissentlicher Tötung konkurriert usw.[3]) Das ist gerecht, weil es zweckmäßig ist; und das Volk wird das viel besser verstehen als den heutigen Rechtszustand, nach welchem beide Fälle unter den inhaltslosen Namen „Körperverletzung mit tödlichem Ausgang" abgetan werden. Daß diese Regelung — wie jede grundsätzliche — das StrGB. vereinfacht, fällt neben ihren materiellen Vorzügen kaum ins Gewicht.

Ob man die Ausführung mit und ohne Überlegung unter gesonderte Strafsätze stellen soll, ist eine Frage der Gesetzgebungstechnik. Will man für beide Fälle einen Strafrahmen, dann muß er entsprechend weiter sein. Sondert man die Fälle, dann wird das Strafgesetz kompliziert. Ich hielte es für das richtigste, die Sonderung bei den schwersten Fällen der KV. durchzuführen, bei den leichteren durch den Richter innerhalb eines einheitlichen Strafrahmens berücksichtigen zu lassen.[4])

---

[1]) Vergl. Geyer im Gerichtssaal 26 S. 308; Miřička S. 209 ff.

[2]) Der oben S. 274 gekennzeichnete prinzipielle Standpunkt des russischen Entw., der die Regeln der Idealkonkurrenz für die „culpa dolo determinata" annimmt, ist der deutschen Rechtswissenschaft nicht neu; vergl. die Nachweise in meinen Schuldformen I S. 218 Anm. 47; 251 f., 259 f.; dazu Jagemann im Arch. N. F. 1844 S. 7; Berner im Gerichtssaal 1867 S. 1 ff.; Hälschner I S. 326, 329; Binding, Hdb. I S. 366 und Lehrb. I S. 19 (kurz und schlagend); meine Schuldformen S. 280 f.

[3]) Geringfügige Delikte, die mit schweren konkurrieren, wird man ganz vernachlässigen können; z. B. bei der „Tätlichkeit" (Ohrfeige) mit tödlichem Ausgang nur wegen fahrlässiger KV. anklagen, wie wir ja auch heute den Mörder nicht wegen des durch seinen Stich beschädigten Rockes verurteilen. — Ganz unpraktisch Miřička S. 209 ff., der sämtliche möglichen Kombinationen im Gesetze besonders regeln will.

[4]) Es ergebe sich nach dem bisher Ausgeführten folgendes Schema:

I. Sehr schwere KV.;
  A. mit Absicht;
    1. mit Überlegung;
    2. ohne Überlegung;
  B. mit sog. dolus eventualis (Vorsatz);
    1. mit Überlegung;
    2. ohne Überlegung.
II. Vorsätzliche schwere KV.
III. Vorsätzliche erhebliche KV.

Bei der Fahrlässigkeit ist vor allem die übertriebene Weite des RStrGB. zu vermeiden; fahrlässige „Tätlichkeiten“ (Stoßen im Gedränge, Tritt auf die Hühneraugen, Beschütten mit Bier u. dergl.) gehören nicht vor den Strafrichter.[1]) Die eigentlichen KV. sollen durchaus fahrlässig begehbar sein. Strengere Strafe ist anzudrohen, wenn eine sehr schwere KV. voraussehbar war. Zwischen dem Maximum der letzteren Strafe und dem der fahrlässigen Tötung wäre kaum ein großer Unterschied zu machen; denn wo sehr schwere KV. voraussehbar sind, da ist wohl immer auch der Tod voraussehbar; die Schuld ist die gleiche und der Ausgang hängt vom Zufalle ab. Die Strafrahmen müssen weit genug sein, um allen schweren Fahrlässigkeiten, welche durch die Mittel der modernen Technik ermöglicht wurden, gerecht werden zu können; es darf auch nicht übersehen werden, daß die höchste Fahrlässigkeit hart an den sog. dolus eventualis grenzt, daß daher die Strafrahmen für beide übereinandergreifen müssen, um auch die anderen Strafzumessungsgründe berücksichtigen zu können. Die schwerere Qualifikation für Vernachlässigung der Pflichten des Amtes, Berufes usw. ist aufzugeben.[2]) Empfehlenswert ist die Anwendung der mit Freiheitsstrafe verbundenen Geldstrafe nach dem Muster des Schweizer Entw. Eine befriedigende Regelung der „Unkunst“ ist für Deutschland kaum möglich, solange der Hauptfall derselben nicht getroffen werden kann, weil die Ausübung der ärztlichen Kunst jedem unwissenden Charlatan offensteht. Vorbildlich wäre der österreichische Entw.[3])

---

4. Die unvollendete Körperverletzung (Versuch und Gefährdung).

Der historisch gewordene Versuchsbegriff hat sich als unzureichend erwiesen; überall begegnen wir teils kasuistischen, teils prinzipiellen Erweiterungen desselben. Der Ausgangspunkt für eine gründliche Reform wird mit Hermann Seuffert und der internationalen kriminalistischen Vereinigung in dem Satze zu suchen sein, daß die Strafe nicht für die Tat, sondern für den Täter bestimmt ist. Wer durch seine Handlungen — Gedanken sind

[1]) Dieses Resultat haben von den Ländern, welche die „Tätlichkeit“ nicht aus dem Begriff der KV. ausscheiden, die Niederlande, Italien, Norwegen und österr. Entw. durch Beschränkung der Fahrlässigkeitsstrafe auf schwerere KV. erreicht.

[2]) Die Kommission für die Reform des Strafprozesses hat ihre Meinung über die Bedeutung dieser qualifizierten Fahrlässigkeit dadurch zum Ausdruck gebracht, daß sie auch für diese Fälle prinzipale Privatanklage einzuführen beschloß; Protokolle I S. 289 ff., II S. 44.

[3]) Das preußische StrGB. § 184 Abs. 2 enthielt Bestimmungen über die Untersagung eines Berufes etc., welche mit Rücksicht auf die Gewerbe-Ordnung aufgegeben werden; vergl. Motive zu Entw. III §§ 217, 228.

zollfrei, das ist die notwendige Abgrenzung zwischen staatsbürgerlicher Freiheit und staatlicher Macht — wer durch Handlungen erwiesen hat, daß er ein schlechtes, gefährliches Mitglied der Gesellschaft, ein „schädlicher Mann"[1]) ist, wer dadurch zugleich ein böses Beispiel gegeben hat, der muß gestraft werden, damit er selbst, damit die anderen derartige Handlungen nicht wiederholen. Der Rechtsgrund der Strafe ist die schuldhafte Handlung, nicht der Erfolg; ob der letztere eingetreten ist oder nicht, das ist lediglich vom Standpunkte der Rache — die ja im Volke noch fortlebt und nicht ganz zu vernachlässigen ist — nicht aber vom Standpunkte der ihre Interessen weitblickend wahrenden Staatsgewalt von Bedeutung. Diese Betrachtung führt nicht nur zur neuerlichen Festigung der subjektiven Versuchstheorie, sie führt, was bisher nicht beachtet worden ist, über den historisch gewordenen Versuchsbegriff hinaus. Wer seinen Nebenmenschen töten will, ist für den Staat ganz gleich viel wert, mag die Kugel töten oder nur leicht verletzen oder knapp am Ohre vorbeisausen. Der Raufer, der blind zugestochen hat, ist gleich viel wert, mag das Opfer an dem Stiche sterben, oder aber noch bevor dies eintritt, durch eine rascher wirkende Ursache getötet werden.[2]) Dasselbe gilt von dem Reeder, der den wohlversicherten „schwimmenden Sarg" aussendet; ob das Schiff zufällig ruhige Fahrt hatte und glücklich heimgekehrt ist, ob der erste Sturm es zertrümmert hat, ist für die soziale Wertung des Reeders gleichgültig, mag man nun — je nach den Umständen und je nach der befolgten Theorie — sein Vorgehen culpa oder dolus eventualis oder Wissentlichkeit nennen. Ob der Täter Gemeingefahr oder nur Gefahr für einen einzelnen verursacht hat, das bedeutet bloß einen quantitativen Unterschied. An die Stelle der endlosen und doch lückenhaften Aufzählung von Spezialfällen hat der allgemeine Begriff des unvollendeten Verbrechens zu treten: Wegen einer schuldhaften (absichtlichen, wissentlichen, fahrlässigen) Handlung tritt Strafe ein, auch wenn der schädliche Erfolg ausgeblieben ist. Statt der fruchtlosen Wortinterpretation, zu welcher die Kasuistik treibt, werden Theorie und Praxis die dankbare Aufgabe vorfinden, den grundsätzlichen Gedanken des Gesetzes immer feiner zu entwickeln.

Auch die Regelung des Rücktrittes vom Versuch bezw. der Abwendung des Erfolges müßte nach einheitlichen Gesichtspunkten erfolgen.[3])

---

[1]) Aus Zallinger, Das Verfahren gegen landschädliche Leute, mag man entnehmen, daß dieser Begriff dem deutschen Volke altvertraut ist.

[2]) Nach RStrGB. ist es für diesen Raufer ein großes Glück, wenn er selbst nachträglich durch Fahrlässigkeit das Opfer tötet.

[3]) Der mit sog. dolus eventualis oder mit culpa Handelnde, welcher den drohenden Erfolg freiwillig abwendet, verdient nicht mindere Begünstigung als der mit Absicht Handelnde, der vom Versuch zurücktritt. Nach RStrGB. wird zwar derjenige straflos, der bereits eines Mordversuches schuldig war, den bösen Erfolg jedoch nachträglich freiwillig abgewendet hat; aber die Mutter, welche ihr Kind aussetzt (§ 221) und dann, von Reue gefoltert, es wieder aufsucht und rettet, bleibt strafbar; und wenn ich nach einer öffentlichen Straße hinaus einen Blumentopf ohne gehörige Befestigung aufstelle (§ 367 N. 8), dann doch Skrupel bekomme und das Ding wieder

Das unvollendete Delikt wird man vielleicht milder bestrafen können als das vollendete; man wird vielleicht so weit gehen, den Versuch einer Tätlichkeit straflos zu lassen, sofern er nicht zugleich Beleidigung ist. Bei der eigentlichen KV. möchte ich jedoch alle Formen der unvollendeten Delikte, auch die fahrlässigen, strafen.

Selbstverständlich wird man für das unvollendete Delikt mindestens jenen Grad des Verschuldens verlangen wie für das vollendete. Damit sind jene Befürchtungen widerlegt, die sich an das Neue in dieser Sache knüpfen.[1])

---

5. Die Ansteckung.

Der Deutsche Reichstag war anläßlich der Beratung der lex Heinze mit dem Problem der strafrechtlichen Behandlung der Ansteckung befaßt[2]); und die deutsche Gesellschaft zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten hat diese Frage auf ihrem ersten Kongresse als ersten Punkt der Tagesordnung behandelt.[3]) Es handelt sich darum, ob überhaupt besondere strafgesetzliche Vorschriften notwendig sind, und wie dieselben gestaltet sein sollen.

Gegen eine Spezialbestimmung wurde von dem Vertreter des kaiserlichen Gesundheitsamtes hauptsächlich folgendes eingewendet: die Voraus-

entferne, ehe jemand Schaden genommen hat, so bleibe ich strafbar. Denn das Gesetz hat aus dem unvollendeten Delikte mit dolus eventualis bezw. mit Fahrlässigkeit in seiner kasuistischen Art vollendete delicta sui generis gemacht. Den gleichen Mangel hat auch der Schweizer Entw.; vergl. Gyr, Vergiftung S. 55 f.

[1]) Gegen den Schweizer Entw. wendet v. Bar, Reform S. 25 Anm. 1 ein: „Luftschiffer, Nordpolfahrer, ja Dachdecker, die Lehrlinge benützen, würden nach dem Wortlaut eines solchen Paragraphen meist straffällig sein, da sie andere Personen zu gefährlichen Unternehmungen und Hantierungen veranlassen". Würde v. Bar diese Personen bestrafen, wenn der Lehrling etc. verunglückt? Ich denke nicht. Dann darf natürlich auch bei unvollendetem Delikte nicht gestraft werden. Eher wird man da einen noch höheren Schuldgrad fordern. Wenn ein Radfahrer rasch durch die Straßen fährt und keinen Schaden stiftet, wird man es in Erwägung ziehen müssen, wenn er einwendet: „ich habe das Rad so in meiner Gewalt, daß meine Handlung nicht fahrlässig war"; hat er aber einen Unfall verursacht, dann ist dieser Einwand hinfällig. — Ich habe das im Texte Ausgeführte schon in meiner im Frühjahr 1903 dem Reichs-Justizamte überreichten und in einigen Exemplaren autographisch vervielfältigten Skizze in den wesentlichen Punkten wörtlich gleich gesagt; seither hat Miřička ähnliche Gedankengänge entwickelt (s. oben S. 290 Anm. 2, ferner besonders seine Formen der Strafschuld S. 192 ff., 217 f.). Ich freue mich sehr dieses Zusammentreffens. Vergl. ferner Rosenfeld, Die Tötungen S. 23; Busch, Gefahr S. 77 f., und für die unvollendeten Fahrlässigkeitsdelikte Lammasch, Das Moment der objektiven Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches, 1879 S. 55 f.; Merkel S. 119; Meyer S. 204 Anm. 2.

[2]) Die Kommissions- und Plenarberatungen sind ausführlich mitgeteilt bei Rudeck, Syphilis, S. 53 ff., und v. Liszt, Aufsätze II S. 484 ff.

[3]) S. Zeitschrift f. Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, Bd. I S. 1 ff., mit Gutachten von v. Liszt, v. Bar und Schmölder.

setzung eines erfolgreichen Einschreitens sei die Anzeigepflicht, welche sich bei den Geschlechtskrankheiten so wenig durchführen lasse als eine wirksame Beobachtung der Erkrankten während der meist langen Dauer der Erkrankung. Die Mehrzahl der Schuldigen werde sich der Bestrafung entziehen[1]; der Nachweis, von welcher der beteiligten Personen die Ansteckung ausgegangen sei, werde dem Richter oft unüberwindliche Schwierigkeiten bereiten. Gehässige Angebereien seitens der Prostituierten und ihres Anhanges sowie Erpressungsversuche würden viele peinliche Untersuchungen gegen unschuldige Personen veranlassen.[2] Trotz dieser Bedenken hat die Kommission, nach dem Muster ausländischer Gesetzgebungen, die Einfügung eines § 327a in das RStrGB. beschlossen, welcher in der letzten, an das Plenum gelangten Fassung lautete:

„Wer die Gesundheit einer Person dadurch gefährdet, daß er wissend, daß er mit einer ansteckenden Geschlechtskrankheit behaftet ist, außerehelich den Beischlaf ausübt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu 1000 Mark bestraft."

Der Schwierigkeit, den Kausalzusammenhang zu erweisen, wurde also auch hier durch die Konstruktion eines wissentlichen Gefährdungsdeliktes begegnet. Der Antrag wurde, als nicht mit der Materie der lex Heinze zusammenhängend, abgelehnt.

Über die Notwendigkeit einer solchen Strafdrohung hat v. Liszt sich in einer Weise geäußert, die den Kernpunkt der Frage in das hellste Licht rückt[3]: „Die Gegner übersehen aber bei ihrem Bedenken — und das ist das Entscheidende —, daß die Bedeutung der Strafe sich in der Wirkung des Strafvollzuges, insbesondere in dem, was wir Kriminalisten die Spezialprevention nennen, keineswegs erschöpft. Die erste und nicht die geringste Wirkung der Strafe liegt in der Strafdrohung selbst. Sie enthält, indem sie das sozialethische Unwerturteil über die unter Strafe gestellte Tat in feierlicher Form ausspricht, eine Warnung der Staatsbürger, deren Wirkung uns in der vollendeten Gestalt gerade dann entgegentreten würde, wenn die Strafe selbst niemals verhängt zu werden brauchte. Das ist aber für den uns hier beschäftigenden Tatbestand von der allergrößten Bedeutung. Mag immerhin die weibliche Prostitution den Herd für die Verbreitung der Geschlechtskrankheiten darstellen, so liegt doch die Gemeingefährlichkeit dieser Krankheiten gerade darin, daß die von den Dirnen infizierten Männer die Infektion in weitere Kreise, in ihre eigene wie in fremde Familien hineintragen. Der Dirne gegenüber mag eine Strafdrohung, die nur in seltenen Fällen zur Anwendung gelangt, von geringer Wirkung sein. Den jungen Männern aus allen Schichten des Volkes, die eine Zukunft vor sich haben, wird die Strafdrohung eine ernste Warnung sein. Die

---

[1] Vergl. v. Bar, Gutachten, S. 70.

[2] Weitere Einwände s. in dem Gutachten v. Bars und in den Kongreßverhandlungen.

[3] Aufsätze II S. 488f.

statistischen Erhebungen haben uns gezeigt, daß unserer männlichen Jugend die Erkenntnis von dem verbrecherischen Charakter einer Gefährdung der Gesundheit anderer durch Geschlechtsverkehr im infizierten Zustand völlig verloren gegangen ist. Hier handelt es sich darum, das schlaff gewordene Gewissen wieder zu stärken. Gerade das soll und wird eine Strafdrohung bewirken. Sie wird sich in erster Linie nicht an die Dirne, sondern an den Mann wenden. Sie wird ihm ins Gedächtnis zurückrufen, was er vergessen hat, weil auch keiner seiner Freunde und Bekannten daran zu denken gewöhnt war: daß er nicht nur eine sittlich verwerfliche, sondern auch eine vom Staate gebrandmarkte Tat begeht, wenn er, um ein augenblickliches Bedürfnis zu befriedigen, einen seiner Nebenmenschen der Gefahr aussetzt, die Gesundheit vielleicht für sein ganzes Leben einzubüßen. Dieser hohen Bedeutung des Gesetzes gegenüber kann der Einwand nicht ins Gewicht fallen, daß gar mancher Schuldige sich der Bestrafung entziehen wird."

An dem bestehenden Rechtszustande ist m. E. vor allem das eine zu ändern, daß die Ansteckung mit Syphilis und Gonorrhoe an sich als leichte KV. gilt. Das entspricht, soweit ich informiert bin, keineswegs dem heutigen Stande der ärztlichen Wissenschaft. Die unabsehbaren Folgen dieser Krankheiten rechtfertigen es, sie als schwere KV. zu behandeln.[1]) Über diese Frage wird der Gesetzgeber vorher noch ein ärztliches Gutachten einholen müssen.

Der Gesetzgeber wird sich ferner vor Augen halten müssen, daß die Geschlechtskrankheiten zwar praktisch die wichtigsten, aber keineswegs die einzigen ansteckenden Krankheiten sind, in bezug auf welche das Gewissen weiter Volksschichten eines energischen Anrufes bedarf. Das von Seuffert[2]) gewählte Beispiel, daß jemand mit irgend einer ansteckenden Krankheit behaftet, seinen Zustand verschweigt und in einen Wagenabteil sich setzt, in dem schon 6 oder 7 Menschen sich befinden, kommt leider im Leben häufig vor, und die Rechtslage ist ganz die gleiche wie bei dem Beischlaf eines Geschlechtskranken.

Alle diese Fälle sind Beispiele der wissentlichen Bewirkung beziehungsweise des unvollendeten wissentlichen Verbrechens. Sie als delictum sui generis, als wissentliches Gefährdungsdelikt zu konstruieren, halte ich auch hier nicht für angemessen, da ja auch bei dieser Art der Gefährdung eine nachträgliche Abwendung des Erfolges denkbar ist[3]) und gleiche Wirkung haben muß wie der Rücktritt vom Versuch.

Einer einheitlichen Regelung durch ein Spezialgesetz stellen sich jedoch die größten Hindernisse entgegen, weil der Grad des Verschuldens

[1]) Vergl. Saalfeld (Arzt), Die Strafbarkeit der Übertragung von Geschlechtskrankheiten (S.-A. aus der deutschen Medizinischen Presse 1902 N. 22) S. 6. A. A. v. Bar, Gutachten S. 64f., der meint, daß an den schweren Folgen stets der Verletzte selbst schuld ist.

[2]) Neues Strafgesetzbuch S. 46f.

[3]) Z. B. die mit Gonorrhoe infizierte Frau veranlaßt unmittelbar nach dem Beischlaf den Mann zu einer ausgiebigen Desinfektion.



ein sehr variabler ist. Wer geschlechtskrank ist und nicht die moralische Kraft aufbringt, einen dargebotenen Händedruck zurückzuweisen, obwohl er sich bewußt ist, daß seine Hand nicht zuverlässig desinfiziert ist, handelt ebenso „wissentlich“ wie der Arzt, der mit einem syphilitischen Geschwür an den Händen geburtshilfliche Akte vornimmt.[1]) Der erste Fall grenzt vielleicht an völlige Straflosigkeit, der zweite ist vielleicht nicht viel weniger strafbar als die Vergiftung des § 229 RStrGB., und man wird nicht leicht beide unter dieselbe gesetzliche Bestimmung bringen wollen. Dagegen eignen sich die Fälle des Beischlafes trotz Bewußtsein der Ansteckungsgefahr zu einheitlicher Regelung. Die Höhe der Gefahr ist in allen diesen Fällen ungefähr gleich, und ebenso gibt es ein ungefähres Durchschnittsmaß des Verschuldens: der Täter weiß, daß aus seiner Handlung der Erfolg der Ansteckung „gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann“. Diesen Schuldgrad charakterisiert v. Liszt[2]) in zutreffender Weise mit den Worten, daß „der Geschlechtsverkehr während der Dauer einer Geschlechtskrankheit eine Gewissenlosigkeit bedeutet, wie sie schlimmer kaum gedacht werden kann“. Und der Arzt Rudeck[3]) spricht von der „bodenlosen Gemeinheit oder dem strafwürdigen Leichtsinn, mit dem andere Personen für ihr ganzes Leben unglücklich und elend gemacht, ja bisweilen kleinere Epidemien hervorgerufen werden“. Der erstgenannte regt daher als Nebenstrafe die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte an; von ärztlicher Seite wurde sogar die Anwendung der Prügelstrafe in Vorschlag gebracht. Jedenfalls glaube ich, daß die Strafsätze der bisherigen Gesetze und Entwürfe für dieses schwere und gemeingefährliche Verbrechen zu gering sind, und daß die Strafe mindestens in jener Höhe bestimmt werden soll, wie sie das RStrGB. im § 224 für die mit dolus eventualis zugefügte schwere KV. aussetzt. Dies war auch die ursprüngliche Absicht von Stooß.[4])

Mein Vorschlag geht also dahin: es möge im neuen StrGB. die Ansteckung durch einen ausdrücklichen Hinweis auf die Regeln über die unvollendete wissentliche und fahrlässige KV. geregelt werden; für den praktisch wichtigsten Fall der Ausübung des Beischlafes durch einen Geschlechtskranken möge nicht ein delictum sui generis, wohl aber ein besonderer hoher Strafsatz im Gesetze ausdrücklich festgesetzt werden. Über das Antragserfordernis wird unten zu sprechen sein.[5])

Wenn man die Geschlechtskrankheit wirksam bekämpfen will, wird schließlich auch eine Umgestaltung der ärztlichen Pflicht zur Verschwiegenheit erforderlich sein.[6])

---

[1]) Vergl. Rudeck, Syphilis, S. 35 ff.
[2]) Aufsätze II S. 494.
[3]) Syphilis S. 22.
[4]) Vergl. oben S. 297 f.
[5]) Vergl. unten S. 380.
[6]) Vergl. darüber und über die entgegenstehenden Bedenken v. Bar, Gutachten, S. 66 f., 69 f.

6. Die Vergiftung.

Die Bestimmungen des § 229 RStrGB. sind ohne jede Existenzberechtigung.[1]) Zulässig ist es lediglich, nach dem Vorbilde der neueren Gesetzgebungen das Gift als Mittel der Begehung von Tötungen und KV. mit geschärfter Strafe zu bedrohen, weil es ein besonders gefährliches, leicht zugängliches, die Auffindung des Täters erschwerendes Mittel ist, dessen Anwendung von Feigheit und Tücke des Täters Zeugnis gibt.[2]) Alles dies trifft jedoch nur zu, wenn die Tat heimlich und nicht im Affekt geschehen ist; das gemeine Recht wäre also durch ausdrückliche Satzung in dieser Richtung wiederherzustellen.

Das Gefährdungsmoment in der Vergiftung, welches gewiß nicht zu vernachlässigen ist, wird durch die allgemeinen Bestimmungen über das unvollendete Verbrechen zu seinem Rechte kommen.[3])

---

7. Die Schlägerei.

Die Bestimmung des § 227 Abs. 1 ist nach dem früher Ausgeführten ganz verfehlt und einfach zu streichen.

Fraglich ist nur, ob nicht ein Satz aufzunehmen wäre, ähnlich dem Art. 378 des italienischen StrGB. (complicità correspettiva), etwa des Inhaltes: Wenn zu einer Tötung oder KV. mehrere „mit vereinigtem Willen und Mut" mitgewirkt haben, und es sich nicht feststellen läßt, wer von ihnen Täter ist, dann haften alle als Gehilfen. Doch ist zu hoffen, daß die Fassung der allgemeinen Bestimmungen über die Teilnahme eine solche lex specialis überflüssig machen wird; warum auch sollte nicht ganz das gleiche für Diebsgenossen gelten, wenn man unter ihnen den „Täter" nicht ausfindig machen kann.[4])

Die wirklich gefährliche Beteiligung an einer Schlägerei fällt unter das allgemeine vorsätzliche bezw. fahrlässige Gefährdungsdelikt, die unvollendete KV. Da Mißgriffe der Praxis möglich wären, solange diese Auffassung nicht eingewöhnt ist, so könnte das Gesetz einen möglichst allgemein gehaltenen Hinweis bringen. Der Tatbestand des § 367 N. 10, der zum Ausgangspunkte dienen kann, müßte zu diesem Zwecke noch erweitert werden; der polizeiliche Gedanke der Verhütung der Gefahr knüpft ja nur durch

[1]) Gegen das Sonderrecht der Vergiftung in trefflicher Ausführung Mittermaier in Goltd. Arch. IV S. 435, 442 f., und Geyer in v. Holtz. Hdb. III S. 559 f.

[2]) Vergl. die guten Bemerkungen über die Psychologie der Vergiftung bei Gengler I S. 1 ff.

[3]) Auf richtigem Wege ist Gyr, Vergiftung, S. 48 ff.

[4]) Treffend Majno zu Art. 64 des ital. StrGB. N. 340.

einen historischen Zufall an die „Schlägerei“ an und ist daher wieder von ihr zu lösen. Jedes gefährliche Benehmen gelegentlich einer Prügelei, auch zwischen zweien, ist zu strafen.

Der autor rixae soll von der Gesetzgebung besonders beachtet werden. Wer Streit provoziert, löst eine gefährdende psychische Kausalität aus; dem volkstümlichen Empfinden ist diese Anschauungsweise durchaus nicht fremd, wie die älteren deutschrechtlichen Sätze über den „Urhab“ oder „Anlaß“ beweisen. Damit im Zusammenhange ist die alte Streitfrage betreffend die provozierte Notwehr zu lösen. Der provozierte Angriff ist und bleibt rechtswidrig, ich darf ihn abwehren, gewiß! Aber ich darf nicht provozieren! Ich weiß, daß ich dadurch eine Gefahr für den Provozierten setze, ich sehe das Ende mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit voraus, und darum allein, wegen der Provokation und nicht wegen der nachfolgenden Tötung oder Verletzung, bin ich strafbar!

Der zweite Absatz des § 227 RStrGB. entbehrt jeder Existenzberechtigung und ist ohne Ersatz zu streichen.[1])

---

8. Die Person des Verletzten.

Eines besonderen Schutzes bedürfen ausländische Staatshäupter und diplomatische Vertreter; ferner Mitglieder der parlamentarischen Körperschaften, Beamte, Geistliche, Geschworene, Zeugen und Sachverständige, und zwar nicht bloß in der Ausübung ihres Berufes, sondern auch gegen Rachehandlungen wegen derselben.[2])

[1]) Lammasch, Vorschläge, S. 44, beantragt, aus dem geltenden österreichischen Rechte einen Satz zu übernehmen: „Ist durch eine Schlägerei oder durch einen von mehreren unternommenen Angriff der Tod eines Menschen verursacht worden, so ist jeder, der ihm eine tödliche Verletzung zugefügt hat, wegen KV. mit tödlichem Ausgange zu bestrafen.“ Er motiviert dies damit, daß es vorkommen kann, daß der eine von den Raufern dem Opfer „eine Wunde zufügt, an der er zweifellos gestorben wäre, während ihm der zweite einen Streich versetzt, an dem er sofort stirbt, so daß ihm, um es drastisch auszudrücken, nur nicht die Zeit bleibt, um sich an der ersten Verletzung zu verbluten“. Hier habe nur der zweite getötet, der erste würde nach § 230 Abs. 2 des österr. Entw. (= § 223a RStrBG.) zu billig wegkommen. Das ist vollkommen richtig, aber es ist keine Besonderheit der Schlägerei. Auch wenn das Opfer ohne jeden Zusammenhang mit der Tat des ersten von einem zweiten erschlagen oder vom Blitz getroffen wird, liegt die Sache nicht anders. Eine allgemein befriedigende Lösung ergibt sich nur, wenn wir die schuldhafte Handlung ohne übermäßige Rücksicht auf den Erfolg nach Verdienst strafen: s. oben S. 372f.

[2]) Das preußische StrGB. sagte in § 192: „Wer gegen ein Mitglied der Kammern, einer anderen politischen Körperschaft oder einer öffentlichen Behörde, einen öffentlichen Beamten, einen Religionsdiener, ein Mitglied der bewaffneten Macht, einen Geschworenen, einen Zeugen oder Sachverständigen, während sie in der Ausübung ihres Berufes begriffen sind, oder in Beziehung auf ihren Beruf einer vorsätzlichen Mißhandlung oder KV. sich schuldig macht, wird mit Gefängnis von 4 Wochen bis zu 3 Jahren bestraft.“

Die Berücksichtigung der Verletzung verwandtschaftlicher Pietät würde ich dem Ermessen des Richters im konkreten Falle überlassen; es gibt Väter und Söhne von einer Art, daß ihr Verhältnis zu einander bei Prügeleien keinen Erschwerungsumstand bilden muß. Das Eingreifen des strafenden Armes des Staates in Familienverhältnisse soll überhaupt solange als möglich hinausgeschoben werden.

---

9. Das Strafensystem.

a) Das Antragserfordernis.[1])

Sehr bald, nachdem das RStrGB. in Kraft getreten war, machte es sich in der Praxis fühlbar, daß durch das Erfordernis des Antrages bei den „leichten" KV. die Wirksamkeit des Strafgesetzes schweren Abbruch erleide.[2]) Der 12. Deutsche Juristentag empfahl daher, alle dolosen KV. „aus der Reihe der Antragsdelikte zu beseitigen"[3]); ein Gegenvorschlag[4]) ging dahin, eine Mittelklasse von KV. ohne Antragserfordernis zu schaffen; dieser Vorschlag wurde, wie wir gesehen haben, von der Gesetzgebung akzeptiert und führte zu der Einfügung des verunglückten § 223a in das RStrGB.

Das Antragserfordernis hat eine positive und eine negative Seite[5]); einerseits muß der Verletzte sich rühren, er muß durch den Antrag zu erkennen geben, daß er auf das verletzte Rechtsgut überhaupt Gewicht legt; ist es ihm so geringwertig, daß er sich darum nicht kümmert, dann wertet es der Staat auch nicht höher; minima non curat praetor. Anderseits kann der Verletzte, auch wenn der Staat einschreiten wollte, dies verhindern, wenn er ein vom Gesetze respektiertes Interesse an der Nichtverfolgung hat.

Diese Gesichtspunkte treffen m. E. schon bei einer erheblichen KV. nicht mehr zu; sie ist kein „minimum" für den Staat, auch wenn der Verletzte indolent genug wäre, sie nicht zu verfolgen; und ein achtbares Interesse an der Nichtverfolgung, wie etwa bei der Notzucht, besteht in der Regel nicht. Ausnahmsweise wäre in Erwägung zu ziehen: ob nicht die Rücksicht auf die Familienbande, welche durch das Eingreifen des Strafrichters gesprengt werden können, für das Antragserfordernis selbst bei er-

---

[1]) Vergl. außer der Vorgeschichte des § 223a noch die Verhandlungen des 12. Deutschen Juristentages II S. 193ff. (Gutachten von Thomsen und John); III S. 212ff. Ferner Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses I S. 289ff.; II S. 44.

[2]) Vergl. Thomsen a. a. O. S. 199f., 213ff.; John a. a. O. S. 252ff.

[3]) Verhandlungen III S. 220; ebenso die Gutachter Thomsen und John sowie Geyer im Gerichtssaal 1874 S. 279, 284f.

[4]) Vergl. besonders v. Tippelskirch, Gerichtssaal 1873 S. 307ff.; v. Schwarze, das. 1874 S. 505ff. Neuerlich Scheitlin, Ausscheidung S. 129ff.

[5]) Vergl. auch v. Liszt, Lehrb. S. 195.

heblichen KV. unter „Angehörigen" spricht. Ich möchte diese Frage bejahen und es daher insoweit bei dem gegenwärtigen Rechtszustande belassen, wonach nur schwere KV. unter Angehörigen von Amts wegen zu verfolgen sind[1]); das gilt selbstverständlich nur unter Vorbehalt der besonderen Vorschriften über den Kinderschutz.

Ein Interesse an der Nichtverfolgung kann ferner vorhanden sein bei der Ansteckung durch Beischlaf. Doch ist in diesen Fällen bei der bedrohlichen Ausbreitung der Geschlechtskrankheiten das Interesse des Staates an der durch die Offizialverfolgung verbürgten energischen Repression das überwiegende; nur bei der Ansteckung durch ehelichen Verkehr — so strafwürdig auch diese ist — wird man aus Schonung der Familie die Verfolgung vom Antrage des Verletzten abhängig machen.[2])

Ganz anders steht die Sache bei den bloßen Tätlichkeiten; je weniger sie der Betroffene als Verletzung empfindet, desto geringfügiger sind sie auch für den Staat. Wenn ein Kutscher oder ein Bauernknecht seinen Kameraden hänselt, und dieser ihm dafür einen Rippenstoß versetzt, so ist es wohl zumeist ganz anständig gehandelt, daß der Gestoßene deshalb nicht erst das Strafgericht bemüht; er denkt sich vielleicht: „ich hätte es ja auch nicht anders gemacht"; damus veniam petimusque vicissim. Der Verletzte verschmerzt vielleicht lieber den Schlag, als daß er sich durch die Vorladungen zu Gericht in seinem Erwerbe stören läßt. Legt er auf die Wahrung seiner Persönlichkeit so wenig Gewicht, so wäre es schlecht angebracht, ihm den Schutz derselben wider seinen Willen aufzudrängen; das würde schließlich darauf hinauslaufen, die Menschen durch das Strafgesetz zu guten Manieren zu erziehen.

Dabei ist nicht zu übersehen, daß die Disposition über die Strafverfolgung, welche in dem Antragsrechte liegt, bis zu einem gewissen Grade auch eine nachträgliche Disposition über das verletzte Rechtsgut bedeutet. Sofern nicht besondere Rücksichten, z. B. auf das Familienband, eingreifen, werden wir diese nachträgliche Disposition nicht respektieren können, wenn wir die vorhergehende Einwilligung zu der Verletzung für gleichgültig erklären.[3]) Die richtige Abgrenzung der Tätlichkeiten von den eigentlichen KV. ermöglicht es uns, das Antragserfordernis auf jene Fälle zu beschränken, für welche der Satz gilt: volenti non fit injuria.

Die fahrlässige Tätlichkeit bleibt an sich straflos; echte fahrlässige KV. müssen ebenfalls von Amts wegen verfolgt werden, da sie weder mi-

[1]) Die Bedenken der österr. Motive oben S. 345 Anm. 4 halte ich nicht für ausschlaggebend. In den ärgsten Fällen wird man durch Bestellung eines Pflegers, der für das mißhandelte Familienmitglied den Antrag stellt, abhelfen können; vergl. RG. (IV) v. 23. Dez. 01, E. 35, 147.

[2]) Übereinstimmend v. Liszt, Aufsätze II S. 492f. Nicht zutreffend die Einwendungen von Schmölder, Zeitschr. f. Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten I S. 76f.

[3]) Der Satz läßt sich nicht umkehren; man denke z. B. an Diebstahl.

nima sind, noch ein achtenswertes Interesse des Verletzten an der Nichtverfolgung entgegensteht.

Auf den Erfolg darf es natürlich auch in dieser Beziehung nicht ankommen. Die unvollendete erhebliche oder schwere KV. wird von Amts wegen verfolgt werden müssen. Damit ist unter anderem das erreicht, was der § 223a RStrGB. erreichen wollte.

b) Die Strafen.

Der Feststellung der Strafsätze im allgemeinen, ihrer Durchbildung und Zusammenstimmung im besonderen, wird größere Sorgfalt gewidmet werden müssen als bei der Redaktion des RStrG. Insbesondere darf es nicht mehr den Anschein haben, als ob unser Geldbeutel dem Gesetzgeber wichtiger wäre als unsere geraden Glieder. Die außerordentliche Frequenz und die stete Zunahme der KV., ihre Bedeutung für den Zustand der allgemeinen Gesittung sowohl, als auch für den Volkswohlstand[1]) mahnen zu energischem Einschreiten.

Bei Bemessung der Strafen wird der Gesetzgeber besonders der rohen Gewalttat entgegentreten müssen; das dänische Gesetz v. 1. April 1905 bietet da wertvolle Elemente. Neben der brutalen Nichtachtung fremder Gesundheit und Körperintegrität, wie sie in den schweren Formen der Wissentlichkeit (sog. dolus eventualis) zu Tage tritt, wird noch ganz besonders deren absichtliche Verletzung hervorgehoben werden müssen. Der Rückfall bedarf der sorgsamsten Regelung. Dagegen kann dem vereinzelt bleibenden Affektverbrechen gegenüber die bisherige Milde beibehalten werden.

Wichtiger noch, als die Strafen, sind für die Bekämpfung der Roheitsverbrechen sozialpolitische Maßnahmen, welche ihre Quelle verstopfen. Zu diesen gehört insbesondere die Bekämpfung des übermäßigen Alkoholgenusses. Dazu kann das Strafgesetz nur wenig beitragen; doch ist immerhin das Wirtshausverbot nach dem Muster des Schweizer Entw. und des dänischen Ges. v. 1. April 1905 geeignet, Rückfälle zu verhüten; und es hat auch insofern einen allgemeinen volkserziehenden Wert, als der Gesetzgeber durch diese Maßregel autoritativ auf die Quelle des Übels hindeutet.

c) Retorsion und Kompensation.

Es ist ein alter und insbesondere auch dem germanischen Rechtsempfinden geläufiger Gedanke, daß derjenige, der einen Streit provoziert („Urhab“ oder „Anlaß“), weit strafbarer ist als der Provozierte.[2]) Diese Anschauung hat im Volke tiefe Wurzel geschlagen; schon die Kinder legen

[1]) Man bedenke, wie viel Arbeitstage jährlich in Deutschland infolge der mehr als 100000 KV. verloren gehen mögen.

[2]) Schon das altgriechische Recht macht es zur Voraussetzung der δίκη αἰκίας, daß der Angeklagte zuerst geschlagen habe, ἦρξε χειρῶν ἀδίκων. Bei sofortiger Erwiderung des Schlages war der zuerst Geschlagene straflos; vergl. Hitzig, Injuria S. 4ff.

bei ihren Balgereien den größten Wert darauf, wer „angefangen hat“; das Gesetz wird dem um so mehr Rechnung tragen müssen, als auch vom kriminalpolitischen Gesichtspunkte aus der Provozierende als der für die Rechtsordnung Gefährlichere erscheint.[1]) Dagegen ist der Rechtsgedanke der Kompensation vom staatlichen Standpunkte aus ganz unhaltbar. Der aus dem öffentlichen Interesse an der Missetat entsprungene Strafanspruch des Staates kann nicht durch zwei einander gegenüberstehende Klage- oder Antragsrechte der Verletzten kompensiert werden.

Wir werden daher dem zu Unrecht Angegriffenen seinen Affekt, seinen justus dolor, als wesentlichen Strafmilderungsgrund in Rechnung stellen können; und zwar um so mehr, je schwerer der Angriff war; die Beschränkung auf Angriffe gegen den Erwidernden selbst und auf Angriffe durch Beleidigung und leichte KV. hat als Ausfluß des Kompensationsgedankens zu entfallen. Der „impeto d'ira o di intenso dolore, determinato da ingiusta provocazione“ hat bei schwereren Delikten als Milderungsgrund zu gelten, wie in § 213 RStrGB.; bei leichteren soll dem Richter die Möglichkeit gegeben werden, von einer Strafe ganz abzusehen. Ich möchte die völlige Straflosigkeit auf Fälle bloßer Tätlichkeiten[2]) (und wörtlicher Beleidigungen) beschränken, wobei sie natürlich im Gegensatze zum geltenden Rechte um so eher anzuwenden sein wird, je schwerer der durch die Tätlichkeit erwiderte Angriff war. Die Vorschriften über diese Materie werden nach dem Muster der modernen Gesetzgebungen zu den Regeln über den Notwehrexzeß gestimmt werden müssen.

Was den ersten Angreifer betrifft, dem seine Missetat, allerdings von einer ganz inkompetenten Stelle, heimgezahlt, vielleicht mehrfach heimgezahlt worden ist, so möchte ich den Gedanken einer teilweisen Einrechnung des ihm zugefügten, der Strafe sehr ähnlichen Übels[3]) nicht ganz zurückweisen; eine Milde gegenüber demjenigen, der für eine Ohrfeige einen Messerstich erhalten hat, würde jedenfalls die Kraft der Strafdrohung nicht beeinträchtigen und etwa andere verlocken, Ohrfeigen auszuteilen; und das Strafgesetz soll stets so milde sein, als es mit seinen Zwecken verträglich ist. Hier genügt also unter Umständen eine Strafe, welche lediglich die staatliche Mißbilligung zum Ausdrucke bringt.[4]) Dazu kommt bei Antragsdelikten — dem ursprünglichen Gebiete der sog. Kompensation — noch folgende Erwägung. Der zuerst Angegriffene und den Angriff Erwidernde hat den Boden des Gesetzes verlassen und zur Selbsthilfe gegriffen; es kann nun, insbesondere wenn er recht ausgiebig erwidert hat, geradezu eine Frivolität darin liegen, daß er — zur Wahrung der Würde seiner

[1]) Mit Recht legen die dänischen Gesetze von 1897 und 1905, über welche oben S. 350f. berichtet wurde, besonderen Wert auf den Schutz „schuldloser Personen“ (sageslös Mand) d. h. solcher, deren Verhalten zu der verübten Gewalt keinen begründeten Anlaß gegeben hat.

[2]) Vergl. Lammasch, Vorschläge S. 42f.

[3]) Vergl. oben S. 352 Anm. 3.

[4]) Soweit wäre wohl auch Geyer, Gerichtssaal 1874 S. 328 einverstanden.

Persönlichkeit! — nunmehr auch noch das Gesetz anruft. Dem Richter soll die Möglichkeit geboten werden, wenn er im konkreten Falle eine unanständige Gesinnung des Verfolgers gegeben findet, ihm einen Strich durch die Rechnung zu machen und seine Mitwirkung zu solchem Vorgehen zu verweigern. Auch hier ist der Gedanke der Kompensation auszuschalten. Wir werden also dem Richter gestatten, von einer Strafe des Provozierenden ganz abzusehen, wenn dieser eine bloße Tätlichkeit, also ein Antragsdelikt, begangen hat, und der Angegriffene mit einer gleichwertigen Tätlichkeit (vielleicht auch mit einer kräftigen Verbalinjurie), oder gar erst mit einer schweren KV. oder einem sonstigen schweren Gegenschlag[1]) erwidert hat, dann aber doch den Antrag stellt.[2])

Dem Richter wird in allen diesen Punkten die größte Freiheit gewahrt werden müssen; wir können nicht einmal den Satz als ausnahmslos bindend hinstellen, daß der Provozierende stets strenger zu strafen ist; wie oft ist die Provokation dem Provozierten der höchst willkommene Anlaß zu einer volkstümlichen Mensur, in der Mut und Kraft bewährt werden sollen. Wenn ein Raufer über einen harmlosen, schwachen Menschen ohne Anlaß herfällt, so ist das etwas ganz anderes, als wenn er sich eine gleichgesinnte Seele aussucht.

d) Die Buße.

Die Buße ist m. E. für die KV. nicht beizubehalten. Als Privatstrafe ist sie bedenklich: der Verletzte soll nicht aus der Sache einen materiellen Vorteil haben. Es ist genug, wenn ihm materielle und ideelle Genugtuung geboten wird; was nach dieser Richtung dem Verletzten gebührt, darüber hat sich das BGB. (§ 847) ausgesprochen. Der Zivilrichter ist also in der Lage, ein den heutigen Anschauungen der Gesetzgebung entsprechendes Schadenersatzrecht zu handhaben.[3]) Freilich sollte die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs im Strafverfahren ganz allgemein ermöglicht sein, weil dadurch die Rechtspflege vereinfacht wird und der Verletzte leichter und billiger zu seinem Rechte kommt.

---

[1]) Z. B. A hat dem B eine Ohrfeige versetzt; B zündet dem A zur Rache das Haus an und stellt dann Strafantrag gegen A wegen der Ohrfeige. Ist es nicht lächerlich, wenn der Staat sich da noch zur Mitwirkung hergibt?

[2]) Der zuerst Angegriffene kann sich nicht beklagen, da er selbst ja straflos wird oder milder bestraft wird.

[3]) Vergl. v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. (1898) S. 67 und Aufsätze I S. 269.

Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit.

(Abschn. 18 des II. Teiles des RStrGB.)*)

Bearbeitet von Professor **Dr. Ernst Heinrich Rosenfeld,** Münster i. W.

Einleitung.

Die Freiheitsverbrechen bieten der rechtsvergleichenden Behandlung besonders große Schwierigkeiten. Vielen Rechten ist eine solche Gruppe ganz unbekannt, oder es sind in ihnen doch nicht die uns interessierenden Delikte einheitlich zusammengefaßt. Aus diesem Grunde konnte die folgende Untersuchung sich selten darauf beschränken, die einschlägigen Strafbestimmungen in ihrer Entstehungsgeschichte, Dogmatik und Rechtsanwendung zu verfolgen. Es gibt nicht immer, wie etwa für Tötung, Körperverletzung, Beleidigung, Hochverrat, ganz bestimmte Stellen des strafrechtlichen Systems, an denen sich die maßgebenden Normen zusammengefaßt vorfinden. Vielmehr mußte meist das Rechtsganze genau daraufhin durchforscht werden, welchen Schutz die persönliche Freiheit oft unter erheblich anderen Modalitäten genießt. Den Hauptbeleg für diese Arbeitsschwierigkeiten liefert England.

Es kommt hinzu, daß überall, auch wo die Gruppe der Freiheitsdelikte als solche existiert, ihre Abgrenzung von anderen Teilen des Systems rein konventionell ist. Das liegt am Schwanken im Gebrauch gewisser Grundbegriffe, vor allem der Freiheit selbst, und an der unsicheren Differenzierung der Freiheit gegenüber verwandten Rechtsgütern, sowie der einzelnen Freiheitsarten gegen einander. Ein Kapitel abstrakteren Inhalts mußte daher vorangestellt werden.

Mit den bezeichneten Unsicherheiten hängt ferner die außerordentliche Schwierigkeit der Grenzregulierung zusammen, auf die die rechtsvergleichende Untersuchung fortwährend stößt. Es soll möglichst versucht werden, Über-

*) Die §§ 235—238, soweit sie Sittlichkeitsdelikte betreffen, werden im Zusammenhange mit dem Abschnitte „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ (Abschnitt 13) behandelt.

griffe in andere Gebiete zu vermeiden. Dennoch wird es sich nicht gänzlich umgehen lassen, manche Dinge zu behandeln, die eigentlich anderen Mitarbeitern zufallen. So werden gelegentlich zu streifen sein die KV. (beim assault, bei den franz. voies de fait), das furtum possessionis und der Einbruchsdiebstahl (die als zwei verschiedene Pointierungen des Hausfriedensbruches auftreten können), die Erpressung (die verschiedene Rechte nur als qualifizierte Drohung ansehen) und überhaupt die gewalttätigen Delikte aus Gewinnsucht, ferner die Sittlichkeitsdelikte, und endlich die Verletzung politischer Rechte. So erscheint in der deutschen Gesetzgebung Gewerbeordnung § 153 bei äußerlicher Betrachtung nur als Unterfall des § 240 StrGB. (Nötigung). Sein enger Zusammenhang mit der Koalitions- und mit der Arbeitsfreiheit der gewerblichen Arbeiter schließt ihn aber aus unserer Untersuchung aus. Freilich beruht seine Sonderexistenz nur auf einer kasuistischen Trennung der Arbeiterkategorien, indem die gleiche Handlung, auf die bei Fabrikarbeitern und Bergleuten der § 153 GewO. Anwendung findet, bei landwirtschaftlichen Arbeitern höchstens dem § 240 StrGB. unterfällt. Indessen ist das lediglich eine Folge der noch nicht abgeschlossenen historischen Entwickelung. Bestimmte politische Rechte, die wir später als Spezialfreiheiten bezeichnen werden, kommen zwar der einen Arbeiterkategorie zu, aber bislang noch nicht der anderen. Ihre Beeinträchtigung stellt eine Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte dar, an deren Wahrung daher der Staat ein unmittelbares Interesse hat. Diese Delikte gehören somit zu den Staatsverbrechen im weiteren Sinne.

Wegen der berührten Schwierigkeiten kann sich die gegenwärtige Untersuchung nur mit zwei erheblichen Abweichungen an den 18. Abschnitt des geltenden StrGB. anlehnen.

Erstens ist dort das Rechtsgut der persönlichen Freiheit nicht in eindeutigem Sinne genommen, so daß der Abschnitt kein innerlich völlig geschlossenes Ganze bildet. Insbesondere fällt aus ihm heraus derjenige Angriff auf die Freiheit des Weibes, in sexueller Hinsicht über sich selbst zu verfügen, der in §§ 236—238 als „Entführung" behandelt wird. Diese Uneinheitlichkeit tritt so scharf hervor, daß die genannten Paragraphen bei Aufstellung des Arbeitsplanes dem Bearbeiter der Sittlichkeitsdelikte zugewiesen wurden. Eben dahin gehört aber auch jede Entführung männlicher Minderjähriger aus der elterlichen Gewalt zu unzüchtigen Zwecken, somit ein Teil des qualifizierten Kinderraubes.

Zweitens stehen keineswegs alle Delikte, bei denen die persönliche Freiheit als angegriffen erscheint, im 18. Abschnitt. Der Zusammenhang ist freilich z. T. nur ein entfernter. So namentlich in allen Fällen, wo die Freiheitsverletzung nur Mittel zum Zweck ist, wo die Beugung des fremden Willens nur dazu dient, die Verletzung eines anderen selbständigen Rechtsguts herbeizuführen, z. T. eines Sachenrechtes (Raub) oder überhaupt des Vermögens (Erpressung) oder der Geschlechtsehre (Notzucht) oder des staatlichen Interesses am Bestand der Verfassung (hochverräterisches gewalt-

sames Unternehmen). Hier spielt die sog. subsidiäre Natur der Freiheitsdelikte eine Rolle. — In einem Falle ist der Zusammenhang mit der hier behandelten Gruppe dagegen so eng, daß es angezeigt war, die Legalordnung zu durchbrechen: der Hausfriedensbruch (StrGB. §§ 123, 124) richtet sich in seiner heutigen Gestaltung ohne Zweifel gegen ein Rechtsgut des Einzelnen, das mit der persönlichen Freiheit zu mindest nahe verwandt ist.

Die der rechtsvergleichenden Betrachtung zu Grunde gelegten Delikte sind demzufolge nach dem Sprachgebrauch unserer Strafgesetzgebung: 1. Menschenraub einschließlich Sklavenraub und Sklavenhandel (so auch zusammengefaßt in Nr. 15 des abgekürzten Verzeichnisses der Reichskriminalstatistik); 2. Kinderraub; 3. Einsperrung und Gefangenhalten, sog. Freiheitsberaubung im engen oder eigentlichen Sinn; 4. Nötigung; 5. Bedrohung; 6. Hausfriedensbruch.[1])

[1]) Die Amtsdelikte fehlen, dem Arbeitsplan entsprechend, im folgenden völlig.

1. Freiheit und Freiheiten.

„La liberté est un mystère.“ Diesen Satz des Malebranche stellte Schopenhauer 1839 seiner Preisschrift über die Freiheit des Willens als Motto voran, weil dem hier behandelten Probleme jener resignierte Ausruf galt. Nach der Auffassung des französischen Metaphysikers ist einerseits alle menschliche Einsicht eine Partizipation an der Raison universelle, diesem Attribut Gottes, der endliche Geist geht völlig auf in den allgemeinen Gottesgeist als dessen Modifikation; andrerseits aber ist die Selbständigkeit und Selbsttätigkeit zu erklären, die doch in den Gott widerstrebenden Neigungen und Willenstätigkeiten des Menschen ganz offenkundig vorzuliegen scheint (Windelband, Geschichte der Philosophie, 1892, S. 320f.). Zur Erklärung verwendet Malebranche die Freiheit im Sinne einer geheimnisvollen Kraft und Fähigkeit. In den Freiheitsbegriff ist hier also ein positiver Gehalt hineingelegt.

Wenn die Frage der Willensfreiheit auch den Strafrechtsphilosophen und den Kriminalpsychologen zu interessieren hat, so ist sie doch gleichgültig für eine Untersuchung der möglichen Angriffsobjekte von Verbrechen. Die Willensfreiheit — vorausgesetzt, daß sie „existiert“ — ist eine allgemeine und notwendige Beschaffenheit der Seele und bedarf folglich ebenso des Rechtsschutzes nicht, wie sie verbrecherischen Angriffen entrückt ist.

Aber insofern geht die Erörterung jenes ewigen Problems auch uns an, als die feststehende Ansicht über die Freiheit des Willens wieder und wieder dazu verführt hat, nach ihr den allgemeinen Begriff der Freiheit zu bestimmen, und weil man dadurch bei der wissenschaftlichen Feststellung des Freiheitsbegriffes darauf gekommen ist, ihm irgendwelche positive Bedeutung unterzuschieben (Carl Göring, Über die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit, 1876, S. 9). Der Gebrauch des Wortes Freiheit ist nun zwar ein äußerst mannigfaltiger[1]), aber bei genauem Zusehen ist das Zusammenhaltende und Gemeinsame lediglich etwas Negatives: die Abwesenheit alles Hindernden und Hemmenden (Schopenhauer, a. O. S. 3, in der Grisebachschen Ausgabe Bd. III, S. 383), die Abwesenheit des Zwanges, des Druckes, der Notwendigkeit (Göring, a. O., S. 3). Aber die Ver-

[1]) Knapp, System der Rechtsphilosophie S. 196 gibt eine ergötzliche Aufreihung.

mischung dieser negativen Freiheit mit einer positiven Fähigkeit durchzieht schon von Augustin an die Geschichte der ethischen Probleme. Göring bekämpft mit besonderer Energie diese falsche Auffassung auch bei neueren Philosophen.[1]) Nach ihm (S. 11ff.) scheint die Verwechselung von dem so häufig gebrauchten Wort „können“ ausgegangen, dessen ganzer Inhalt sich als „ungehinderte oder ungehemmte Fähigkeit“ darstellt.[2]) Das kontradiktorische Gegenteil (nichtkönnen) tritt schon ein, wenn eine von den beiden Bedingungen des Könnens (die negative oder die positive) nicht erfüllt ist, oder mit anderen Worten, wenn entweder die Freiheit oder die Fähigkeit fehlt. „Die kühle Kritik muß unbarmherzig behaupten, daß die positive Fassung des Freiheitsbegriffes definitiv aus der Wissenschaft zu beseitigen ist.“ So Göring (S. 4), und ihm ist unbedingt zuzustimmen — bis auf eine und die älteste Bedeutung des Wortes „frei“.

Die Sprachforschung zeigt uns einen positiven Bedeutungskern, und dieser Sinn ist auch heute gerade im Rechtsleben nicht verklungen. Es ist der ständische Begriff des Wortes. Die Freiheit ist ein Stand, oder besser: die Freien sind ein Stand, und der Gegensatz ist Sklaverei, Knechtschaft und Knechte. Diese Bedeutung ist unmittelbar von rechtlichem Interesse. Sie bezeichnet eine der wichtigsten, positiv bewerteten Lebensbeziehungen des einzelnen, — eine Beziehung, in der er zu jedem einzelnen andern und zu der Gesamtheit der andern Volksgenossen steht, — eine Beziehung, die schon von den ersten Ansätzen rechtlicher Regelung ergriffen und mit den bedeutsamsten Rechtskonsequenzen ausgestaltet wird. Also sie ist ein Rechtsgut. Diese Freiheit ist auch heute noch ein selbständiges Schutzobjekt für die Rechtsordnung; denn wiewohl der Sklaverei die rechtliche Anerkennung fehlt, so lassen sich doch tatsächliche Zustände der Art denken, in die jemand verbracht wird.[3])

---

[1]) Struve, Schelling, Liebmann, Kym. Der Jurist Jul. v. Kirchmann stellt zwei Grundbedeutungen nebeneinander, eine positive (= Macht) und eine negative (= Willkür oder Wahlfreiheit). Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral S. 77f. Dagegen Göring S. 7.

[2]) Beispiel Görings: ich kann (heute) Schach spielen.

[3]) Sprachlich geht dieser Sinn: Rechtszustand innerhalb der Volksgenossen — zurück auf den ältern der Verwandtschaft und der Zugehörigkeit zur Sippe und damit zum Stamm. O. Schrader, Reallexikon der indog. Altertumskunde, Straßburg 1901, Artikel Freund S. 255, Familie S. 213, 223ff., 226, 227, Krieg S. 481, Stände I S. 802 bis 809, Sippe S. 777. Wörterbücher von Grimm, Moriz Heyne, Kluge (6. Aufl. 1898), Paul für die germanische Wortfamilie. Der Freie ist der „liebe Verwandte“; gotisch freis und althochd. frî, urgerm. frijas ist gleich altindischem priyás lieb, beliebt, teuer. Die indog. Wurzel prî heißt erfreuen, geneigt machen; und nur diese Bedeutungsseite hat sie in den slav. Sprachen entfaltet: altbulg. prijaznj Huld, Beistand; prijati „beistehen, hold sein“, nach Leskien (3. Aufl. 1898), „günstig sein“ nach Miklosich (Etymol. Wörterb., Wien 1886 S. 263), „sorgen für“, nach Kluge (unter „frei“). Die Ableitungen, vor allem prijatelj Freund, gehen durch sämtliche slavischen Sprachen hindurch und haben auch das Litauische und Rumänische ergriffen. Auf germ. Sprachgebiet liegt in der gleichen Richtung got. frijôn lieben, Partizip frijônds Freund, frijaþva Liebe (O. Schrader, Reallexikon S. 806; Moriz Heyne), angels. frigu Liebe (Kluge), altsächs. frî, altengl. frêo Gatte, Weib, und damit das

Die Antastung dieser Freiheit unterscheidet sich von den übrigen Freiheitsdelikten durchaus: das Angriffsobjekt ist die Persönlichkeit selbst, in ihrer Würde und Würdigung als Rechtssubjekt; die rechtliche Existenz einer „Person" wird in Frage gestellt. Es gibt drei Gruppen von Verbrechen gegen die Persönlichkeit: nämlich gegen die physische (Delikte gegen Leben und Leib), gegen die rechtliche (Rechtssubjektivität,

sächs., mittelniederd., später mitteld. vrîen, vrîgen, werben, heiraten, unser heutiges im Oberdeutschen nicht heimisches freien (Grimm, Heyne). Eng daneben steht das schon genannte Freund, schon früher zweigt sich vom gleichen Stock ab: Friede. Der Bedeutungswandel von: zur Sippe, zur Verwandtschaft, zum Stamm gehörig zu: frei kann erst eintreten, seitdem allophyle Volksbestandteile vorhanden sind, also besiegte fremde Stämme versklavt werden (Schrader S. 809, Heyne). Daß die Begriffe der Freundschaft und der Verwandtschaft mit einander wechseln, ist noch unserer heutigen lebenden Sprache nicht ganz fremd. Von der gleichen Wurzel (indog. prî, germ. frî) stammt das germ. fridu, Friede. Sein Sinn ist der Rechtszustand zwischen den durch Verwandtschaft verbundenen (Heyne), innerhalb der eignen Sippe (Timoth. 1, 9 in der Übersetzung des Ulfila, wo „den Unfriedlichen" wiedergegeben ist durch unsibjaim, dat. plur. von unsibjis zu got. sibja = ahd. sippa) und regulär zwischen Sippen desselben Stammes (Schrader S. 481, Gegensatz zur Fehde, der durch Ausübung der Blutrache zwischen Sippen desselben Stammes hervorgerufenen Feindschaft). Erst später erfolgt eine Ausdehnung des Friedensbegriffes auf das Verhältnis verschiedener Stämme zu einander. Heyne gibt für das heutige Wort Friede die Bedeutungsreihe: 1. ältere Hauptbedeutung: Schutz, öffentliche Ruhe und Sicherheit der Person und des Eigentums (Burg-, Gerichts-, Gottes-, Haus-, Königs-, Marktfriede); 2. Schutzgebiet (Burgfriede), eingehegter Raum; 3. Abwesenheit der Feindseligkeiten (Gegensatz: Krieg); 4. offenbar jüngere (in geläufigeren Zusammensetzungen nicht vorkommende), verinnerlichte Bedeutung: Abwesenheit von dem, was den Menschen seelisch beunruhigt.

Der besprochene Wandel des Sinnes für frei hat Parallelen in andern Sprachen des indog. Gebietes. Schrader bringt solche aus dem altind. und kelt. bei, und macht (S. 807 f.) gleiches wahrscheinlich für griech. ἐλεύθερος, lat. liber, so daß die heutigen romanischen Worte ebenfalls den alten positiven Bedeutungskern in sich tragen würden. Im Gegensatz zu der üblichen Erklärung (Vaniczek, 2. Aufl. 1881 S. 254), die lîber mit lîbet, lîbido zusammenstellt und zur Wurzel lubh zieht (wovon deutsch lieb und glauben) und die als Grundbedeutung „beliebend, zwanglos", also etwas Negatives nimmt, bringt Schrader das lat. (und oskische) sowie das griech. Wort auf einen indog. Stamm leudho zurück, der „Volk, Volksgenosse, Mensch" bedeutet und im Germ. und Slav. geläufig ist. — Nur das slav. Wort für Freiheit svoboda, sloboda mit seinen Ablautungen scheint keinem ähnlichen Vorstellungskreise entsprungen zu sein. Miklosich S. 331 bringt es mit dem Thema des Reflexivpronomens svŭ zusammen, das in dreifacher Form, hier als svobŭ, auftrete. Danach wäre Freiheit das Für-sich-sein; der Besondere, Abgesonderte oder Auf-sich-selbst-Stehende wäre der Freie — sicher ein unursprünglicher abstrakter Gegensatz zum homo alieni juris. Lediglich hier, nicht aber auf germ. Gebiet würde die wenig exakte Behauptung von Berolzheimer, Rechtsphilosophische Studien, München 1903 S. 80: die Essenz der Freiheit sei die Entsklavung, vielleicht stimmen.

Der Rest eines positiven Sinnes im Worte „frei" und den entsprechenden anderer Sprachen (vergl. auch ἐλεύθερον ἦμαρ und δούλιον ἦμαρ bei Homer, Schrader S. 805) schwindet wohl relativ bald vor der Bedeutung „los, ledig von . . .", deren reichentwickelter Verwendung schon gedacht wurde. Interessant hierfür ist das got. freihals Freiheit und das althochd. frîhals Freier. Hier wird die positive Begriffsseite durch die Verwendung der negativen ausgedrückt. Wer im (positiven) Rechtszustand der Freiheit ist, wird dadurch gekennzeichnet, daß sein Hals (negativ) frei d. h. ledig einer Fessel ist — sei es nun der Kette des Kriegsgefangenen (Schrader S. 806), sei es des Sklavenringes (Müllenhoff, Deutsche Altertumskunde Bd. IV, 1898, S. 416, 459).

status libertatis; Familienstand, Personenstand), gegen die soziale (Ehre). In diesen Zusammenhang scheint mir diejenige Freiheit zu gehören, die durch Verbringung in Sklaverei (Menschenraub), Sklavenraub und Sklavenhandel verletzt wird. Sie hat also die Qualität eines eigenartigen Rechtsgutes.

Ist überhaupt darüber hinauszugehen? Kann die Abwesenheit von Zwang, das Ledigsein von Druck und Hemmung, also eine negativ bestimmte Art des tatsächlichen Zustandes irgendwie als Rechtsgut aufgefaßt werden? Eine solche Auffassung ist jedenfalls bedingt durch feste Begrenzung der Lebensbeziehung, der Schutz zuteil werden soll. Sie muß sich individuell abheben von anderen. Dazu tritt noch eine sehr beträchtliche Schwierigkeit. Ein gewisser Grad von Eingeschränktheit haftet der Freiheit unserer Willensbetätigung notwendig an. Aber auch die konkreten Einwirkungen anderer Menschen sind eine unvermeidliche Beigabe jedes Verkehrs. Fortwährend beeinflussen wir andere oder suchen sie zu beeinflussen, in Haus und Familie, im gesellschaftlichen Umgange und im Berufe, in Schule und Kirche, von der Lehrkanzel, von der Tribüne, vom Richtertisch aus. Diese Einwirkung besteht notwendig erstens in der Bereitung äußerer nicht beiseite zu räumender Hindernisse und zweitens in der Erregung von Motiven, vor allem von Furcht und Hoffnung. Während es nun bei anderen Rechtsgütern genau umschriebene Ausnahmefälle sind, in denen sie legalerweise verletzt werden dürfen, steht es mit der „Freiheit" gerade umgekehrt. Das ganze menschliche Zusammenleben ist darauf aufgebaut, daß wir aufeinander solchen Druck ausüben. Hier entsteht nicht die Frage: Wann ist ausnahmsweise der Druck erlaubt?, sondern die entgegengesetzte: Wann ist er ausnahmsweise unerlaubt? — Darauf ist zu antworten mit einer Zerlegung der „Freiheit" nach den Richtungen und Formen der Willensbetätigung.

Erstens hat sich historisch eine Reihe von Freiheiten herausgebildet, die hier als „Spezialfreiheiten" bezeichnet werden sollen — ihrem Ursprung nach Befreiungen von einem hemmenden und Gehorsam heischenden Zwang, aber ihrer heutigen Bedeutung nach von einem positiven Begriff nicht mehr zu unterscheiden (Göring a. O., S. 3). Das Aufkommen dieser Spezialfreiheiten gehört der Neuzeit an. Ihre Anerkennung in Wirtschaft und Recht kennzeichnet die Überwindung des Mittelalters.[1] Die Erstgeborene in der Schar ist die Religionsfreiheit, ihre Anerkennung die Folge der großen Tat der Reformation.[2] Die anderen danken wir im wesentlichen der Sprengung des Absolutismus durch die Revolution, und sie sind seitdem zu einem guten Teil durch die Staatsgrundgesetze zu unentbehrlicher Basis staatlichen und nationalen Lebens geworden. Hier haben Vereins- und Versammlungsfreiheit,

[1]) Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. I 1904 S. 232.

[2]) Luthers Schrift, Von der Freiheit eines Christenmenschen, 1520, stellt den inwendigen, geistlichen Menschen als freien Herrn über alle Dinge und niemand untertan dar („Zum Andern", „Zum 15ten", „Zum 18ten").

Freizügigkeit, Wahlfreiheit, Freiheit der Wissenschaft, Recht der freien Meinung, Preßfreiheit, Gewerbefreiheit, Koalitionsrecht der Arbeiter und Arbeitsfreiheit usw. ihren Platz. Jede dieser häufig verfassungsmäßig garantierten politischen, bürgerlichen Freiheiten ist ein spezielles Rechtsgut per se: denn 1. es fehlt nicht an der nötigen Individualisierung des Gutes; 2. es ist ausdrücklich unter den Schutz der Rechtsordnung gestellt; 3. sein Träger ist ein wohlbekanntes Rechtssubjekt, der einzelne Staatsbürger.

Eine zweite Abtrennung besonderer Rechtsgüter geht hervor, wenn man nicht sowohl die durch gewisse Endzwecke gegebenen Richtungen der Willensbetätigung als ihre Formen ins Auge faßt. I. Die ungehinderte Bewegung im Raum, die Möglichkeit, den Aufenthalt zu wechseln, stellt sich hier als ein scharf genug umrissenes und darum hinlänglich selbständiges Rechtsgut dar, wenn auch logisch nur eine bestimmte Art der Willensbetätigung vorliegt. Wir empfinden die Lokomotionsfreiheit (Bewegungsfreiheit) allgemein als etwas Eigenartiges und Für-sich-stehendes, und dem entspricht die sprachliche wie die rechtliche Auffassung. Die Sprache des Lebens wie der Gesetze verwendet „frei", „Freiheit", „auf freiem Fuße" im Gegensatz zu „gefangen", „Gefangenschaft" und denkt somit bei Freiheit in diesem prägnanten Sinn nur an die der Bewegung im Raum. Aber auch gerade das Strafrecht erkennt in dieser Freiheitsart ein besonderes und selbständiges Rechtsgut. Indem diesem Gute der rechtliche Schutz durch staatlichen Akt entzogen, indem es durch Richterspruch dem staatlichen Angriff preisgegeben wird, wird es zum Objekt der Freiheitsstrafe. Der gleiche beschränkte Sinn liegt bei den Garantien der persönlichen Freiheit durch die Verfassungen, bei den Kautelen und Ausnahmen z. B. des preuß. Ges. vom 12. Februar 1850, bei dem Schutz gegen vorsätzliche und fahrlässige Verletzungen durch BGB. § 823 zu Grunde. II. Der Hausfrieden gehört ebenfalls in diesen Zusammenhang, da es sich auch hier um ein Interesse an einem negativ bestimmten tatsächlichen Zustande handelt. Auch hier steht somit die Willensbetätigung in einer bestimmten Form in Frage. Die individuelle Begrenzung des Rechtsgutes wird gewonnen 1. durch die Einschränkung auf die Willensbetätigung in Haus und Wohnung oder anderen genau präzisierten Räumen und 2. durch die Einschränkung, daß es sich nur um die Durchführung der Willensentscheidung darüber handelt, welche Personen in diese Räume eintreten sollen. Nicht richtig ist es, das Hausrecht zu definieren als die Freiheit des Schaltens und Waltens nach eigener Entschließung in den eigenen Räumen. Es müßte dann auch ein dem Willen des Hausherrn entgegengesetztes Verhalten von Hausangehörigen, etwa in bezug auf die Ordnung im Hause, die Stellung der Möbel u. dgl. als Angriff auf das Hausrecht erscheinen. Ebenso ist es nicht zulässig, den Rechtsfrieden oder Hausfrieden als Angriffsobjekt zu betrachten, weil unter „Frieden" wie sprachhistorisch so auch rechtlich nur ein Zustand der Gesamtheit verstanden werden kann. Nun läßt sich wohl nach Analogie des staatlichen Rechtsgutes ein solches des

Privaten (mit übertragener Bedeutung des Wortes) konstruieren. Aber es wäre zu beweisen, daß unser Recht ebenso denkt. Wir finden jedoch jenes private Gut in keiner Norm unter Schutz gestellt. Wie käme das Strafrecht dazu, mit seinen scharfen Waffen zu Gunsten eines im übrigen Rechtsleben völlig irrelevanten Etwas einzuschreiten? In jener Konstruktion ist die sanktionatäre Natur des Strafrechtes verkannt.[1]) Sollte der Rechtsfrieden, d. h. das persönliche Gefühl der Sicherheit (hier das Gefühl, in den eigenen Räumen durch die Rechtsordnung geschützt zu sein) in Betracht kommen, so würde offenbar eine Erregung von Unsicherheit auch ohne Eindringen schon als Angriff auf das Hausrecht erscheinen müssen. Wir würden eine gänzlich andere Ausgestaltung des Deliktes erhalten.[2])

Nach Abscheidung der Spezialfreiheiten, der Lokomotionsfreiheit und der Hausfreiheit kehren wir zum Genus zurück. Um die für einen Rechtsgutsbegriff nötige Individualisierung zu erhalten, muß man die Freiheit der Willensbetätigung von der der Willensentschließung sondern. Nicht immer geschieht das, und unvollständig ist z. B. die Definition v. Liszt's[3]), der nur von dem rechtlich geschützten Interesse des Einzelnen an ungestörter Betätigung seines Willens (Handlungsfreiheit) redet. Es kann aber ebensowohl in die ungestörte Bildung des Willens eingegriffen werden, indem der Prozeß der Entschließung in der Seele des anderen verfälscht wird durch Hineinschieben eines ihm an sich fremden, ihn determinierenden Motives, vor allem der Furcht. Es ist daher allein richtig, Willensbetätigung und Willensentschließung, wie das bei Bruck und Binding geschieht, zu unterscheiden.[4]) Binding sondert genau die möglichen Angriffsobjekte: Freiheit der Willensbetätigung (die er freilich minder präzis daneben auch als „Fähigkeit" der Betätigung im konkreten Fall bezeichnet) und Freiheit

[1]) Unser Terminus Haus„frieden" stammt aus einer Epoche, wo hier wirklich ein Teil des Friedenszustandes innerhalb der Gesamtheit das Schutzobjekt war. Er wäre besser zu ersetzen durch „Hausfreiheit".

[2]) Daß die Form der Durchführung der Willensbetätigung Eigenheiten hat, ist gegenüber Binding, Lehrbuch I² 81, zuzugeben. Er weist darauf hin, der Hausfriedensbruch könne begangen sein monatelang, bevor der verreiste Hausherr zurückkehrt, und spricht daher hier von der verbotenen Mißachtung eines fremden Willens oder einer Willenserklärung. Er will das Delikt mit der Verletzung von Privatgeheimnissen zu einer Gruppe der Delikte gegen den Willen zusammenfassen. Der Grund, warum dieser Einwand den Hausfriedensbruch trifft, ist indes lediglich die Aufstellung eines konstruktiven Hausfriedensbruches, wie sie in unserer Dogmatik sich vollzogen hat.

[3]) Lehrb. 15. Aufl., S. 351.

[4]) Bruck freilich macht sich einer Vergewaltigung des Sprachgebrauches schuldig, wenn er das Deliktsobjekt als Willensfreiheit bezeichnen will. Dieser Ausdruck muß für das oben berührte metaphysische Problem reserviert bleiben. Sieht man von dieser nicht zu billigenden Terminologie ab, so trennt Bruck richtig die Verletzung des „Rechts" 1. einen Willen zu erzeugen und 2. diesen Willen durch Handlungen oder Unterlassungen nach Belieben äußern zu dürfen. Auszusetzen ist hieran nur, daß Bruck, wie es scheint, ein subjektives Recht der Willenserzeugung als Gegenstand des Angriffes betrachtet, während es sich um eine natürliche Fähigkeit handelt. (Bruck, Lehre von den Verbr. geg. die Willensfreih., 1875.)

der Entschließung (Entscheidung) nach eigenen Motiven.[1]) Sie sind in der Tat sehr verschieden. Die Freiheit der Willensbetätigung kann nur angegriffen werden unter Verwendung des Mittels der Gewalt. Dieses Rechtsgut ist nur auf einem Wege verletzbar. Ein möglichst reiner Gewaltbegriff ist also juristisch wichtig; aus ihm ist alles auszuscheiden, was nur auf die Willensbildung einwirken kann. Sobald es sich darum handelt, dem Verletzten einen Entschluß aufzunötigen, ist nicht die Verwendung von körperlicher Kraft, sondern die Erregung von Furcht der Weg, auf dem in die Freiheit eingegriffen wird. Der Gewaltbegriff ist daher zu beschränken auf vis absoluta im älteren Sinn. Soll der vom Verletzten gefaßte Willensentschluß unangetastet bleiben, ist es dem Täter sozusagen gleichgültig, was innerlich in der Seele des Opfers vorgeht, handelt es sich ihm nur darum, bestimmte Handlungen des Opfers auszuschließen, eine bestimmte Willensbetätigung nicht zuzulassen, so kann das offenbar wider den Willen des Verletzten nur dadurch geschehen, daß die Ansätze zu bestimmten Bewegungen und Handlungen durch Aufbietung von körperlicher Kraft unterdrückt werden.

Es bleibt übrig die Freiheit der Willensentschließung. Sie als eigenartiges Rechtsgut aufzufassen, hat ihrer Vagheit wegen gewisse Bedenken. Doch hat von je die Rechtsordnung ihr Schutz gewährt, indem sie die auf einer Drohung basierenden Rechtsgeschäfte als privatrechtlich unhaltbar ansah. Gleichwohl ist ihre Rechtsgutnatur erst in jüngerer Zeit erkannt worden.[2]) Diese Auffassung hat aber eine innerliche begriffliche Schranke, die mehrfach (von Liszt, Frank, Hill) erkannt worden ist und zu dem Streit über die Subsidiarität der Nötigung geführt hat. Es ist freilich unrichtig, diese auf das Wesen der Nötigung als Gattungsdeliktes zu stützen. Die Gattung stellt den Arten gegenüber nicht das Subsidiäre, sondern das Generelle dar.[3]) Wohl aber folgt etwas Ähnliches aus der negativen Natur des Freiheitsbegriffs. Nach Schopenhauer (a. O. S. 3) ist Freiheit die Abwesenheit alles Hindernden und Hemmenden; folglich muß dieses Hindernde und Hemmende, als Kraft äußernd, ein Positives sein. Soweit nun die Entfaltung einer solchen positiven Kraft bereits unter anderen Gesichts-

[1]) Dagegen muß zurückgewiesen werden das von Binding ferner aufgestellte Angriffsobjekt: die Fähigkeit vernünftiger Willensbildung überhaupt. Eine solche besondere seelische Fähigkeit kann nach dem Stande unserer psychologischen und psychiatrischen Erkenntnis nicht angenommen werden; ihre Trennung von der Fähigkeit der Empfindung, der Vorstellungs- und Urteilsbildung wäre auch ganz unnatürlich. Die Paralysierung des Willensvermögens stellt eben nicht nur in ihren Folgen „leicht echte Gesundheitsbeschädigungen" dar, sondern ist ihrem Wesen nach selbst eine Beschädigung der geistigen Gesundheit, die notwendig die Erregung eines krankhaften Vorganges im Gehirne zur körperlichen Grundlage hat. Wir stoßen hier auf die Grenze zwischen Freiheitsdelikten und den Delikten gegen die körperliche Integrität.

[2]) M. E. nicht durch Grolman, wie Binding behauptet, wohl aber durch Tittmann (1806).

[3]) Soweit stimme ich der Polemik Bindings (Lehrb. I² 88 n. 2) bei. — Ahlwardt, Mittel der Nötigung, Dissert. Greifsw. 1896, S. 19 redet ganz unbefangen von dem subsidiären Gattungsdelikt!

punkten für strafbar erklärt ist, kann offenbar die negative Seite (Hemmung der Freiheit) nicht weiter in Betracht kommen.[1]) Aus diesem Grunde werden wir das Freiheitsdelikt, zunächst soweit es sich um die Freiheit der Willensentschließung handelt[2]), für „subsidiär" oder „komplementär" ansehen müssen. —

Wir haben endlich noch eine Abscheidung oder Abgrenzung vorzunehmen: eine bestimmte Art der Willensbetätigung und -Entschließung, nämlich die Disposition über sich selbst in geschlechtlicher Hinsicht, erscheint sachlich und rechtshistorisch als etwas durchaus Eigenartiges, weil es eine für sich stehende Seite des menschlichen Trieb- und Willenslebens betrifft. Bei der ungestörten sexuellen Verfügung über den eigenen Körper kommt nicht nur das Rechtsgut der Freiheit, sondern auch das der körperlichen Integrität und das der sozialen oder allgemein-menschlichen Persönlichkeit, also der Ehre in Betracht. Geschlechtliche Freiheit und geschlechtliche Ehre werden daher als vikariierende Begriffe verwendet und promiscue gebraucht.

Das Ergebnis ist, daß aus unserem Thema herausfallen und daher im weiteren nur gestreift werden: 1. die einzelnen politischen bürgerlichen Freiheiten, deren wir oben als Spezialfreiheiten gedacht haben; — 2. die sexuelle Freiheit; — 3. alle Fälle, wo die Freiheitsbeeinträchtigung nur der Durchgangspunkt zur Erreichung eines schon anderweit strafbaren Zieles ist (insbesondere Erpressung und Raub).

Noch zwei Punkte bleiben zu erledigen. I. Der Kinderraub hängt mit unseren Verbrechen lose zusammen. Objekt der Angriffe auf die Freiheit kann nur sein, wer dieses Rechtsgutes teilhaftig ist. Wer sich wegen Krankheit nicht von der Stelle zu rühren vermag, dem kann seine Lokomotionsfreiheit nicht entzogen werden. Wem die Fähigkeit der Willensbildung gänzlich abgeht, der kann nicht durch Drohungen genötigt werden. Entscheidend ist aber nicht bloß die natürliche Fähigkeit; sondern auch wo sie besteht, kann die Rechtsordnung ihr den Schutz versagen und die Entscheidung anderer Personen für maßgebend erklären. Die Macht des andern tritt an die Stelle der nicht mit Rechtsgutnatur ausgestatteten Freiheit. Diese Macht ist dann ein nicht völliges, aber partielles Freiheitssurrogat. Ihr Hauptfall ist die elterliche Gewalt. Aber sie ist Surrogat auch anderer der Disposition des Kindes entzogener Rechtsgüter — sie hat allgemeinere Natur und müßte deshalb als selbständiges Verbrechensobjekt anerkannt werden. Somit ist die Stellung des sog. Kinderraubes zu den Freiheits-

[1]) Hindernisbereitung gegen den Sachbesitz eines andern — sei es durch Entfaltung mechanischer Kraft, sei es durch Auslösung von Motiven — ist daher nicht Freiheits-, sondern Vermögensdelikt (Raub oder Erpressung).

[2]) Das gleiche gilt aber auch — da ja die negative Natur der Freiheit allgemein ist — weiter für die der Willensbetätigung. Folglich auch für die beiden Formen, denen wir selbständige Wesenheit zuschreiben, Lokomotionsfreiheit und Hausrecht. Auch StrGB. §§ 239 und 123 sind also in gewissem Sinn „subsidiär" — jener etwa im Verhältnis zum Menschenraub, dieser im Verhältnis zum Einbruchsdiebstahl.

verbrechen im letzten Grunde systematisch unhaltbar. — II. Die Bedrohung ist das Gefährdungsdelikt[1]) unserer Gruppe (neben den Verletzungsdelikten: Einsperrung, Hausfriedensbruch, Nötigung). In allen ihren Beziehungen (Willensentschließung, Willensbetätigung, also auch Lokomotions- und Hausfreiheit) kann die Freiheit gefährdet werden. Und zwar ist konkrete Gefährdung denkbar — alsdann müßte zum Tatbestand verlangt werden, daß der Verletzte wirklich eingeschüchtert wurde und wahrscheinlich in bestimmter Beziehung (etwa Gehen durch bestimmte Straßen, Verlassen des Hauses, Genießen gewisser Speisen) sich nicht frei betätigt haben würde — oder abstrakte. Unser StrGB. fügt sich allein letzterer Konstruktion, also der als Polizeidelikt.[2])

[1]) Ein privater Rechtsfrieden als Rechtsgut des einzelnen kann nicht anerkannt werden. Er ist eine neuere Erfindung. Glaser, Abhandl. 1858, S. 10, oben S. 392.

[2]) So ist wohl auch Binding (Lehrb. I[2] 103) zu verstehen.

2. Die Freiheitsverbrechen im Werden.
(Die deutsche Doktrin des 19. Jahrhunderts.)

Die ältere gemeinrechtliche Wissenschaft kennt die persönliche Freiheit als Rechtsgut des Einzelnen nicht. Ansätze dazu finden sich höchstens bei der Behandlung des Plagium. Eine entwickeltere Auffassung zeigen zuerst zwei Gesetze: das Josephinische Gesetzbuch über Verbrechen und Vergehen 1787[1]) und das Preußische Allgem. Landrecht 1794[2]), und zwei Schriftsteller: Grolman 1798 (1. Aufl.) und Tittmann, Versuch über die wissenschaftliche Behandlung des peinlichen Rechts, Leipzig 1798, und besonders: Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere von dem Menschenraube und der Entführung, Meißen 1806. Eine wirkliche Durchführung dieser Auffassung ist indessen nur dem Landrecht und Tittmann zuzusprechen. Insbesondere hat Tittmann zuerst das landrechtliche Nötigungsdelikt[3]) wissenschaftlich begründet als „Entziehung der Freiheit selbsttätig zu handeln" oder „Nötigung nicht gewollte Handlungen vorzunehmen" („Zwang zum Handeln wider Willen"). Die folgende im wesentlichen chronologische Auslese aus gemeinrechtlichen Schriftstellern seit der Wende des 18. Jahrhunderts zeigt am besten den Gegensatz der beiden Anschauungen.

Quistorp 1796 rechnet unter die „Verbrechen gegen den Staat und einige andere, wodurch die öffentliche Sicherheit verletzt worden" (4.) Landfriedensbruch und Landzwang (S. 266: im allgemeinen nicht Drohungen gegen einzelne Personen, dagegen doch das Einwerfen von Brandbriefen und feierliche Mordankündigung); (5.) Wegelagerei; (7.) Gewalt überhaupt. Die Drohung gegen Einzelne wird als Versuch oder als Injurie aufgefaßt; die Verletzung des Hausfriedens als besonderes Delikt wird (S. 291) abgelehnt, sie kann lediglich qualifizierender Umstand beim crimen vis sein. Unter die „fleischlichen Verbrechen" fallen u. a. Notzucht und Entführung. Menschenraub ist (§§ 391 ff. S. 630) Unterdrückung oder Verheimlichung eines Menschen,

---

[1]) Hier ist Ehre und Freiheit zusammengetan. (5. Kap., §§ 126 ff.)

[2]) II 20 Abschn. 13: „Von Beleidigungen der Freiheit" behandelt 1074 ff. erlaubte Fälle, 1077 f. Beraubung der Freiheit, 1079—82 Anlegung von Privatgefängnissen, 1083—6 Kinderraub zu religiösen Zwecken, 1087—94 Menschen- und Kinderraub, 1095—1104 Entführung.

[3]) § 1077. Wer . . . einen Menschen, der seines Verstandes mächtig ist, mit Gewalt . . . wider seinen Willen zu etwas nötiget . . .

um ihn seiner Freiheit zu berauben; gleich ist es, ob die Absicht auf Verbesserung seines Zustandes oder auf Knechtschaft geht. Es bleibt im Zweifel, ob das Verbrechen sich hauptsächlich gegen den status libertatis oder gegen die Lokomotionsfreiheit wendet; gestellt ist es zwischen Kirchendiebstahl und Raub!

Kleinschrod 1799 (Band III, S. 249 §§ 133ff.) zählt zu den Verbrechen, welche das wirkliche Eigentum und die natürlichen Rechte der Menschen angreifen, und zwar zu denen gegen Städte und Gemeinden (S. 252): Brand, Landzwang, öffentliche Gewalt, Landfriedensbruch. Die Verbrechen gegen Einzelne teilt er ein: 1. gegen das Leben; 2. die mehrere Rechte auf alternative Art verletzen: Giftmischung, Aussetzung, Unfruchtbarmachung, Duell, Gewalttätigkeit; 3. gegen die Geisteskräfte; 4. gegen den Körper; 5. gegen die Güter (hierunter Raub); 6. gegen die Freiheit: plagium, Entführung; 7. gegen den guten Namen; 8. gegen die jungfräuliche Ehre: Notzucht. Es folgen als besondere Gruppe die Drohungen (S. 254), da durch sie zu Zeiten die Rechte der Menschen in Gefahr gesetzt werden; zu den tätlichen Drohungen gehört das Aufpassen oder Vorwarten.

Tittmann unterscheidet in seiner Monographie 1806 als Verbrechen gegen die Freiheit: I. Nötigung (S. 6—13) = widerrechtlicher Zwang zu nichtgewollter Handlung (Unterfall Notzucht, aber zu den „vielfachen" Verbrechen zu zählen wegen ihrer „mehrseitigen" Beschaffenheit) oder Lage (Spezialfälle Menschenverkauf und Versetzung in Sklaverei). Diesem Nötigungsbegriff unterfallen nicht die bloßen Drohungen, und er deckt sich nicht mit der römischen vis privata. II. Einsperrung = unbefugte Innebehaltung eines Menschen an einem Orte wider seinen Willen; da Zwang nicht vorherzugehen braucht, ist dies keine Unterart der Nötigung. Gleich steht die unrechtmäßige Veranlassung der Gefangenhaltung, auch in einem Gefängnisse, z. B. durch falsches Zeugnis. III. Menschenraub (S. 15—21 begrifflich, S. 22—32 Verhältnis zum plagium) = widerrechtliche Wegführung[1]) eines Menschen aus dem Kreise seiner freien Wirksamkeit. Einwilligung des Erwachsenen läßt den Begriff entfallen; gleichgültig ist die Verletzung eines Gewaltverhältnisses. Auf die Absicht und ihre Erreichung kommt es nicht an. Beispiele sind Raub eines Menschen, um ihn zu verkaufen oder ihn in Sklaverei zu bringen; Raub der Kinder, um sie zu einem gewissen Gewerbe oder einer Religion zu erziehen; Raub eines Mädchens, um es zur Ehe zu nötigen oder zum Beischlaf zu brauchen (Entführung, raptus).[2])

---

[1]) Nicht bloße Besitzergreifung oder Innebehaltung — gegen Feuerbach. Für Tittmann ist die Analogie des „Raubes" entscheidend (S. 16).

[2]) Der Durchführung dieser letzteren Auffassung: das Angriffsobjekt der Entführung ist die persönliche Freiheit, ist der letzte Abschnitt der Schrift (S. 33—90) gewidmet, wobei die abweichende Begriffskonstruktion der PGO., des römischen und des kanonischen Rechts zum Teil sehr scharfsinnig erörtert wird. Die Einreihung unter die fleischlichen Verbrechen wird (S. 73) abgelehnt, obwohl sexuelle Absicht erfordert wird. Danach wäre doch mindestens, wie oben bei der Notzucht, ein „vielfaches" Verbrechen anzunehmen.

Abgelehnt wird ein Sonderdelikt der Falschwerbung zum Soldatenstand. — Im wesentlichen die gleichen Anschauungen vertritt Tittmann in seinem Handbuch 1807—1809. Er behandelt (Band 2 S. 118 § 223) unter den „einfachen Verbrechen"[1]) neben dem Angriff auf das Leben und dem auf die Gesundheit das Verbrechen wider die Geisteskräfte (Verstandesberaubung, noochiria).[2]) Ferner gehören die Verbrechen gegen die Freiheit hierher (Bd. 2 S. 134 § 229), nämlich die bloße Hinderung des Gebrauchs der Handlungsfähigkeit und die Unterbrechung dieses Gebrauchs auf gewisse Zeit. Nicht dagegen die Vernichtung der Handlungsfähigkeit; hierin eben liegt der Unterschied vom Verbrechen wider die Geisteskräfte, bei dem auch keine Aufnötigung eines fremden Willens stattfindet (S. 136). Die Erzwingung einer rechtlich geschuldeten Handlung ist nicht Nötigung, sondern unrechtmäßige Selbsthilfe und gehört zu den „Staats"-„Vergehen" (S. 141 § 233). Von der Einsperrung als Freiheitsdelikt ist zu unterscheiden (Vorbild: Preuß. Landr.) das Halten wirklicher Gefängnisse — ein „Vergehen" gegen die richterliche Gewalt. Für den Menschenraub ist gleichgültig die Dauer der Wegführung und Freiheitsbeschränkung (S. 252 f.), woraus sich die Unrichtigkeit der Grolmanschen Definition als Besitzergreifung eines freien Menschen zur Vernichtung oder fortdauernden Beschränkung seiner Freiheit ergibt. Als vielfache Verbrechen faßt Tittmann auf u. a. unfreiwilligen Beischlaf, insbesondere Notzucht (Bd. 2 S. 209, § 263).[3]) Zu den vielfachen oder alternativen Staatsvergehen zählt (Bd. 2 S. 440) der Landfriedensbruch, zu den einfachen Bürgervergehen die gegen Ehre und gegen Eigentum, hierunter (Bd. 3 S. 666) Raub. Unter den vielfachen oder alternativen Bürgervergehen treffen wir neben Brandstiftung und Überschwemmung die Drohungen (Bd. 3 S. 444 ff.). Sie werden definiert als Handlungen, deren Unternehmung eine Erklärung enthält, die Rechte anderer verletzen zu wollen. Erforderlich ist Wahrscheinlichkeit der Ausführung, denn die Hauptsache ist die entstehende Gefahr für Rechte. Soweit sie sich nicht als Injurie oder als Versuch darstellen, erklärt Tittmann sie für strafbar, weil sie die

[1]) Die naturrechtliche Unterscheidung der „Verbrechen" gegen natürliche und der „Vergehen" gegen erst durch die Gesetze entstandene Rechte liegt hier, wie auch z. B. bei Feuerbach, zu Grunde. Auch im englischen malum per se und malum quia prohibitum und in den namentlich italienischen Untersuchungen (vergl. auch unten Carrara) über den Begriff des delitto naturale (Ellero, Colajanni u. a.) ist diese Unterscheidung nicht vergessen.

[2]) Handlungen, durch welche die Tätigkeit der Verstandeskräfte eines Menschen gänzlich verhindert oder zerstört wird, entweder durch Beschädigung der körperlichen Teile, auf denen der Geistesorganismus beruht, oder durch Fernhalten aller der sinnlichen Eindrücke, welche die Geistestätigkeit gleichsam erst erwecken und aufreizen müssen (gänzliche Absonderung von menschlicher Gesellschaft schon im zartesten Kindesalter, absichtliche Erziehung zur Stupidität).

[3]) Sie ist vielfache Rechtsverletzung, weil sie teils Beleidigung der Person, teils Beschränkung der Freiheit, teils Androhung einer Gefahr für Leben oder Gesundheit ist. Das richtige und eigentümliche Rechtsgut ist hierin überhaupt nicht genannt. Man nannte sonst vielfach die Ehre oder Familienrechte, oder zog (Böhmer) die Notzucht zur vis publica. Am nächsten kam Feuerbach der Wahrheit: verletzt ist das Recht des Menschen auf freie Disposition über seinen Körper.

Rechtssicherheit aufheben. Besonders benannte Drohungen sind Landzwang (§ 530) und Wegelagerung (§ 531 S. 449), d. h. Erwartung eines anderen auf öffentlicher Straße, um ihm einen Schaden anzutun; und zwar wird gewöhnlich Absicht des Mordes oder Raubes verlangt. Tittmann entscheidet dahin, daß hier meist Versuch vorliegen werde. — Ein Anhang handelt von den Polizeivergehen, durch welche (1. Abschn.) die Ruhe und Ordnung im Staate gestört wird, u. zw. entweder die öffentliche (Tumult, unerlaubte Gesellschaften) oder die Ruhe einzelner Bürger. Dies ist der Haus- und Burgfriedensbruch. Ersteren definiert Tittmann (Bd. 3 S. 500 § 546) als Störung der einem jeden in seiner Wohnung zukommenden Freiheit; er rechnet auch das ungebührliche Schießen in und an die Fenster hierher (S. 501). Der Burgfriedensbruch unterscheidet sich nur durch das Objekt, er richtet sich gegen Kanzleien oder Häuser landesherrlicher Kollegien, Amts-, Land-, Rathäuser und andere, in denen die Rechtspflege ausgeübt wird.

Grolman (2. Aufl. 1802, 4. Aufl. 1825) handelt unter den determinierten Verbrechen gegen Einzelne im 3. Kap. von denen, „welche die Freiheit des Menschen in Ansehung seines Körpers und Entschlusses vorübergehend beschränken; von Gewalttätigkeit und Erpressung“. Er versteht darunter (S. 243 § 230) jede widerrechtliche Anwendung körperlicher Kräfte oder Androhung einer solchen, um dadurch die den Zwecken des Handelnden, sei es in den körperlichen Kräften des anderen oder in sonstigen Schutzmitteln seiner Kräfte, entgegenstehenden Hindernisse zu überwinden und denselben zum Leiden oder zu Entschlüssen und Handlungen zu bestimmen. Diese Definition, die der Behandlung der römischen vis publica und privata vorangeht, versucht offenbar, den durch die Form und die Mittel des Vorgehens gekennzeichneten Begriff des crimen vis zu verschmelzen mit dem durch das preuß. Landr. geschaffenen, durch seine materielle Richtung gegen ein bestimmtes Rechtsgut charakterisierten Nötigungsbegriff. Daß dadurch beiden Begriffen Gewalt angetan wird, hat Tittmann in verdienstlicher Weise gezeigt, wenn auch eine ähnliche konstruktive Auffassung des Vis-Begriffes wiederholt von Wächter bis auf Mommsen versucht worden ist. Zuzugeben ist, daß Grolmans Nötigungsbegriff an Schärfe den Tittmanns insofern übertrifft, als er auch die Aufnötigung eines Entschlusses, den Eingriff in die Freiheit der Willensbildung betont. Dem Grolmanschen Begriff, der an sich einen großen Teil der Realinjurien, Körperverletzungen, Tötungen usw. umfassen würde, wird noch die negative Bestimmung eingefügt, daß die Handlung weder bloß in ehrverletzender Absicht vorgenommen werde, noch in eine der benannten Arten höherer Verbrechen übergehe. Im Gegensatz zu dieser letzteren Einschränkung werden aber sogleich Raub (§§ 202—237), Notzucht (§§ 238—242) und Entführung (§§ 243 bis 246) als „gesetzlich ausgezeichnete“ Gewalttätigkeiten behandelt. — Es folgen im 4. Kapitel Verbrechen gegen die Gesundheit, im 5. solche, welche die äußere Freiheit des Menschen aufheben oder fortdauernd beschränken.

Hierher zählt nur der Menschenraub (S. 267 ff. §§ 254 f.), der sich gegen die Freiheit in Ansehung der Wahl des Standes richtet; vor allem Gewalttätigkeiten, durch die die Bestimmung zu einem Stande aufgedrungen wird, der faktisch Sklaverei enthält. Alle Besitzergreifungen eines Menschen zu vorübergehenden Zwecken oder mit vorübergehender Beschränkung der Freiheit sind bloße Gewalttätigkeiten. — Unter den indeterminierten Verbrechen gegen Einzelne (II. Kapitel, Fälschungen und Betrügereien) figuriert auch die concussio, die in der hier außerordentlich weiten Fassung des schwankenden gemeinrechtlichen Begriffes Fälle von Autoritätsmißbrauch und Drohung und somit „betrügerische" Verletzungen der Freiheit des Entschlusses in sich begreift. Ähnlich Feuerbach § 430. Mittermaier bezeichnet die Stellung zum falsum als sehr unpassend (S. 316 § 300). — Die bloßen Drohungen werden als Anhang zum besonderen Teil behandelt. Grolman betrachtet sie (S. 418 § 407) entweder als bloße Injurien oder aber als Äußerungen eines wirklich gefaßten Entschlusses; alsdann sei höchstens die Strafe des entfernten Conates zu verhängen, auch für Vorwarten und Wegelagerung.

Feuerbach (1. Aufl. 1801, 13., hier zit., 1840) steht im wesentlichen auf gemeinrechtlichem Standpunkt, über den sein Kommentator Mittermaier in manchen Beziehungen hinausgeht. Feuerbach zählt zu den ursprünglichen Rechten des Menschen und Bürgers das Recht auf freie Disposition an seinem Körper, das durch drei Verbrechen verletzt werden könne: Menschenraub inkl. Kinderraub, Entführung, unfreiwillige Schwächung inkl. Notzucht. Die Zusammenstellung ist von Mittermaier mit Recht getadelt: die Natur des angegriffenen Rechtsgutes ist ganz unklar, zum Teil erscheint es als Lokomotionsfreiheit, wobei aber die Absicht auf eine Beeinträchtigung des status libertatis geht, zum Teil als die Freiheit, in geschlechtlicher Hinsicht über sich selbst zu verfügen. Dennoch ist die Feuerbachsche Konstruktion des Menschenraubbegriffes und die Zusammenstellung mit der Entführung in letzter Linie auch für das RStrGB. vorbildlich gewesen. Dagegen hat bei der Notzucht die Auffassung Mittermaiers gesiegt, der sich auf die germanische Rechtsanschauung und die der Carolina (Art. 118, 119) berief. Auch Mittermaiers Behandlung des Kinderraubes ist durchgedrungen; neben der zu nehmenden Rücksicht auf die Elternrechte und auf den Familienstand machte er geltend, daß es hier nicht auf das Versetzen in einen ähnlichen Zustand, wie beim Menschenraub, ankomme. Im übrigen beklagt Mittermaier die Vernachlässigung des Gesichtspunktes des crimen vis bei Feuerbach[1]) — mit Unrecht; denn unter den vagen gemeinen Verbrechen, und zwar den materiellen, behandelt Feuerbach in erster Linie die Verbrechen durch Gewalt: crimen vis §§ 399—404, Landfriedensbruch § 405.

[1]) Die „Nötigung" sei entweder injuria oder vis, nicht aber ein eigenes Verbrechen gegen die Freiheit. Wohl aber sei ein solches das Gefangenhalten oder widerrechtliche Einsperren (das freilich als Staatsverbrechen, als Injurie und Amtsverbrechen vorkommen könne), dessen Selbständigkeit die Praxis und der Reichsabschied 1512 Tit. IV § 6 anerkennen. In diesem letzteren Punkte, nicht aber in ersterem, hat M. die historische Entwicklung richtig erkannt.

Gewalttätigkeit ist nach Feuerbach rechtswidrige Anwendung physischer wie psychologischer Gewalt ohne besondere Bestimmung von Zweck, Mittel, Gegenstand, Erfolg — sofern sie nicht in ein besonders benanntes Verbrechen übergeht. Der Vis-Begriff wird ausdrücklich gegenüber Raub, Notzucht, Entführung, Tumult, Brandstiftung usw. zum subsidiären gestempelt. Bei der Strafe der privaten Gewalt bemerkt Feuerbach, sie könne in schweren Fällen allenfalls bis zu einem Jahre Gefängnis betragen, dahin sei der verletzte Haus- oder Burgfriede zu rechnen. Die Drohung mit der Begehung von Verbrechen, „sofern sie nicht in ein anderes benanntes Verbrechen übergegangen" ist oder als strafbarer Versuch sich geäußert hat, begründet nach Feuerbach, der den Standpunkt der PGO. 176 festhält, nur Sicherheitsmaßregeln und stellt lediglich unter der Form des Landzwanges ein besonderes „gemeines determiniertes Polizeivergehen gegen Gesetze der Kriminalpolizei" dar.

Wohl den weitesten überhaupt denkbaren Umfang hat dem crimen vis Wächter in drei Aufsätzen im Neuen Archiv (Bd. 11—13, 1830ff.) und in seinem Lehrbuch (1826) zu geben versucht. Die von ihm vertretene Richtung muß als eine die Entwickelung hemmende, die Strafrechtswissenschaft von der Untersuchung des angegriffenen Rechtsgutes ab- und völlig in das romanistische Fahrwasser zurücklenkende angesehen werden.[1]) Natürlich wendet er sich lebhaft gegen Tittmann, der seiner Meinung nach aus bloßen Beispielen der vis, die bisher ihrem Tatbestand nach niemandem aufgefallen waren, willkürlich ganz besondere Verbrechen wie Nötigung und Einsperrung bildet. Auch die Berufung auf die Carolina und die systematische Stellung, die Raub, Aufruhr, Landfriedensbruch, namentlich aber Notzucht und Entführung dort haben, weist er durchaus zurück.[2]) Er legt den weitesten aus Digestenstellen gewinnbaren Vis-Begriff zu Grunde und führt als herausgehobene Unterarten der Gewalttätigkeit folgende Verbrechen auf: a) Notzucht und sog. unfreiwillige Schwächung (§§ 133—136), b) Entführung, c) Menschenraub, d) Landfriedensbruch, e) Landzwang, f) Concussio[3]), g) Sa-

[1]) Wenn Wächter das crimen vis „seiner Hauptrichtung nach" gegen die Freiheit gehen läßt (Bd. 2 S. 12 § 133 Note 13), so ist dies mehr eine gelegentliche Gegenbemerkung gegen die Feuerbachsche Konstruktion, der er — durchaus im Sinne der Mittermaierschen Kritik — vorwirft, unter die neue Rubrik müßte sie konsequent noch viele Fälle stellen, die (nach Wächters Ansicht) bloß zum crimen vis gehörten. Er bricht gegenüber Feuerbach, Salchow, Henke usw. in die bewegliche Klage aus: „Was bleibt für das crimen vis übrig, wenn sie noch (was sie wirklich tun) Beschädigung fremder Sachen, Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit, Aufruhr und Selbsthilfe ganz von demselben trennen!"

[2]) S. 14f. Man könne darauf keinen Wert legen, daß die CCC „gleichsam nur ad vocem" eben alle Verbrechen zusammenstelle, die sich auf die Befriedigung des Geschlechtstriebes beziehen!

[3]) § 144. Da meist gar keine Täuschung und nicht einmal die Absicht dazu nötig sei, so sei die seit Koch gewöhnliche Stellung zu den Fälschungen unrichtig. Wir bemerkten schon oben die gelegentliche Richtung der concussio gegen die Freiheit der Willensentschließung. Wächter hat Vorgänger in Kemmerich, Quistorp, Klein.

crorum turbatio, h) rechtswidrige Selbsthilfe einschl. der Privatrache und der Attacke, nicht aber des Duells, i) Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit einschl. des Aufruhrs und Aufstandes. Die Verletzung des Hausfriedens findet ihre Stelle unter den Momenten, die auf die Strafbarkeit der vis besonders von Einfluß sind (§ 131 Note 8).

Henke (Lehrb. 1826—30, Bd. II S. 137, § 110) faßt Freiheit nur als Willkür der Ortsveränderung auf. Gegen sie richten sich Gefangenhalten und Menschenraub. Die Entführung gehört zu den Sexualdelikten (IV. Kap., II A; Bd. II §§ 116f.); denn hier wird die Freiheitsbeschränkung begangen „um eines eine andere Verbrechensart begründenden verbrecherischen Vorsatzes willen“. Damit steht aber in Widerspruch, wenn Henke (S. 138, 143) für gleichgültig erklärt, ob die Absicht auf Vernichtung der juristischen Persönlichkeit des Verletzten, durch Versetzen in Sklaverei, gerichtet ist. Denn in diesem Falle richtet sich das Verbrechen gegen ein anderes Rechtsgut, die Rechtspersönlichkeit, und die Freiheitsbeschränkung ist lediglich Angriffsmittel. Henke empfindet auch selbst (S. 145f.), daß es sich hier um ein eigenartiges Rechtsgut handelt, das er als Urrecht der Freiheit bezeichnet, und bei dem im Gegensatz zu der Lokomotionsfreiheit die Einwilligung des Verletzten irrelevant ist. Auch läßt er im übrigen konsequent die Angriffstendenz für die systematische Stellung entscheiden (S. 147): Wegführung, um jemanden zum Sklaven zu machen, ist Menschenraub, und zur Vollendung gehört die wirkliche Versetzung in Sklaverei; Entführung eines Kindes, um es in einem bestimmten Gewerbe oder einer Religion aufzuziehen, ist ein Verbrechen an denjenigen, die die Befugnis haben, die körperliche und geistige Ausbildung des Kindes zu leiten, ein Eingriff in die Familienrechte; Wegführung einer Frau zum Zwecke der Wollustbefriedigung ist ein Angriff auf die Sittlichkeit; das plagium militare ist ein Verbrechen gegen den Staat; Fortführung durch Räuber, um die Loslassung sich abkaufen zu lassen, ist Erpressung, Verbrechen an der Person und dem Eigentum. Erpressung und Raub bilden die beiden besonders benannten Arten des Verbrechens der Gewalttätigkeit (Bd. III S. 138ff., §§ 166f., 164f.; S. 127ff.), das bei Henke ganz im römischen Sinne auch widerrechtliche Einwirkung auf fremde Sachen umfaßt und daher nicht Freiheitsdelikt ist. Aus dem weiten Begriffe sind auszuscheiden die zum Tatbestand eines anderen Verbrechens (z. B. Abtreibung, Körperverletzung, Freiheitsverletzung, Notzucht, Entführung, Eigentumsbeschädigung) gehörenden Vergewaltigungen sowie die Störungen der öffentlichen Ruhe und des öffentlichen Rechtsfriedens (vgl. Bd. III S. 266 Landfriedensbruch). Henke tadelt (S. 135f.) die neueren Gesetze, besonders Österreich (9. Hauptstück), daß sie sich mit Bestrafung einzelner Arten begnügen, und keine Sanktion gegen die Verbrechensgattung kennen. — Unter den Verbrechen an der Persönlichkeit des Staates erwähnt Henke die Störung des Haus- und Burgfriedens (Bd. III S. 284, § 174), doch glaubt er, daß Heimsuchung und der eigentliche Hausfriedensbruch mit den Fehdezeiten ihre Bedeutung verloren haben; eine „Heiligkeit“

komme nur noch den Häusern der Fürsten und öffentlichen Gebäuden zu. — Von den Drohungen gehört der Landzwang unter die Verbrechen gegen das Gemeinwesen; andere bloße Drohungen liegen außerhalb der Grenzen der Strafrechtswissenschaft und berechtigen nur zu Sicherheitsmaßregeln (Bd. III S. 636, Bd. I S. 195 f.): der Gesetzgeber dürfe nicht vergessen, daß die Sprache stets kühner sei als die Tat.

Bauer (2. Aufl. 1833 § 195 S. 288 ff.) faßt wie Henke die persönliche Freiheit als willkürliche Wahl und[1]) Veränderung des Aufenthaltsortes, nennt aber als Arten außer Einsperrung und Menschenraub auch die Entführung. Die Nötigung Tittmanns paßt ihm natürlich nicht unter den Begriff der Lokomotionsfreiheit (S. 289 Note c); sie ist als Gewalttätigkeit oder Erpressung oder Selbsthilfe zu beurteilen. Die Gewalttätigkeit (§ 238 S. 411 f.) ist Störung der öffentlichen Sicherheit im Staate.

Roßhirt (Geschichte und System Bd. II, 1839) behandelt höchst ausführlich die Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden.[2]) Es sind nach ihm: I. Gewalttätigkeit im allgemeinen (mit Selbsthilfe), II. Angriffe auf die persönliche körperliche Freiheit des Einzelnen, III. verbrecherische Befreiung der Gefangenen, IV. gefährliche psychologische Gewalt (Drohung), sodann noch: Brandstiftung, Raub, Landfriedensbruch, Befehdung, Duell. Ich übergehe die wenig durchdachten, die Entwickelung nicht fördernden Einzelheiten.

Wilda (Strafrecht der Germanen 1842) hat aus seinen rechtshistorischen Forschungen auch systematische Gesichtspunkte gewonnen, die man in der Folgezeit mehrfach in ihren Einwirkungen auf andere spürt. Die Verbrechen gegen die persönliche Freiheit (S. 794—798) teilt er ein in Beschränkung der Freiheit (Einsperrung — unrechtmäßiges Binden und event. zugleich Fortführen) und in ihre Beraubung und Unterdrückung (Verkauf freier Leute). Notzucht, Frauenraub, Entführung gehören zu den Verbrechen wider Familienrechte und Sittlichkeit (S. 829, 839, 845); Raub zu denen wider Eigentum (S. 907). „Verbrechen, durch welche verschiedenartige Güter verletzt werden konnten, und bei welchen besonders die Weise der Ausführung in Betracht kam" ist eine in ihrer teils an Feuerbach, teils an von Liszt anklingenden Benennung sehr interessante Aushilfsgruppe, in der Wilda Brandstiftung, Heimsuchung und verleumderische Anklage unterbringt.

---

[1]) Durch den Zusatz „Wahl und" weicht er ab und wird somit zu dem — von Binding, Lehrb. I 97 bisher vermißten — Vorgänger Hälschners.

[2]) Roßhirt versucht also, das crimen vis als gegen ein bestimmtes Rechtsgut gerichtet zu konstruieren, wiewohl er sich S. 107 folgenden Ausspruch leistet: „Mit dem älteren Meister kam besonders der Standpunkt der Klassifikation nach den Objekten der Verletzung auf, und dieser zerstörte so ziemlich alles, was von den historischen Erinnerungen übrig geblieben war." Ob freilich das hier interessierende Rechtsgut der öffentliche Friede im objektiven Sinn oder das Gefühl des öffentlichen Friedens ist, das nach S. 76 älter sein soll als der Begriff der Personifikation des Staates, bleibt im dunklen, wie sehr vieles bei diesem Schriftsteller. Ja, nach manchen Wendungen (S. 109, 111 f., 114) meint er vielleicht im Grunde den Rechtsfrieden des Einzelnen. — Entführung und Notzucht werden Bd. III S. 95, 102 als Unzuchtverbrechen behandelt, aber nach Bd. II S. 113 müßten sie zur Gewalttätigkeit gezogen werden.

Heffter (Lehrb. 6. Aufl. 1857) führt als Verbrechen gegen die persönliche Freiheit widerrechtliche Gefangenhaltung und Freiheitsunterdrückung (plagium) auf. — Bei den Verbrechen gegen den gemeinen Rechtsfrieden im Staat nimmt er das crimen vis zum Ausgangspunkt (S. 265, § 324). Doch verlangt er zur Vergewaltigung einen Zustand des Willenszwanges. Da der Zwang sehr vielfältige Richtungen in sich schließt (§ 335), so könnte man die Verbrechen, zu deren Tatbestand eine Vergewaltigung gehört, crimina vis specialia s. determinata nennen, so Notzucht, Entführung, Raub, aber auch Einsperrung (§ 337).

Berner (1. Aufl., 1857) faßt unter den Verbrechen gegen das Rechtsgebiet des Einzelnen und gegen die persönliche Freiheit (Tit. 3, S. 309 ff., §§ 168 ff.) als eine erste Gruppe crimen vis, Nötigung und Drohung zusammen. Damit, daß die neueren Gesetze so viel als möglich die verschiedenen Arten der Gewalt als eigene Verbrechen aufzustellen suchen, schrumpfe das crimen vis zur sog. Nötigung zusammen, unter Ausschluß der Gewalt wider Sachen. Die Drohung mit den verbrecherischen Vorbereitungshandlungen zusammenzustellen, sei unpassend; der bloße Wille sei noch nicht strafbar, auch sei die Drohung noch kein Beweis, daß man den Willen zum Verbrechen wirklich habe. „Es wird vielmehr gestraft der in der Drohung selbst verwirklichte Wille, der eine Störung des Rechtsfriedens herbeigeführt hat." Weitere Freiheitsdelikte sind nach Berner Hausfriedensbruch[1]), Gefangenhalten, Menschenraub einschl. Kinderraub sowie Entführung (trotzdem S. 322 anerkannt wird, daß die geschlechtliche Seite dem Verbrechen sein Gepräge gibt).

Köstlin (Abhandl. 1858) wollte nach dem von Geßler (Vorwort S. IV) mitgeteilten Schema als Privatverbrechen behandeln A. solche gegen das vermittelte Dasein der Persönlichkeit, nämlich I. solche gegen die Ehre als ideales, II. solche gegen das Vermögen als reales Medium; dann sollten als Übergang folgen Raub und Erpressung, deren Richtung auf Vermögensrechte keine ausschließliche ist; endlich B. Verbrechen gegen die Persönlichkeit in ihrer Unmittelbarkeit, nämlich I. Willensfreiheit, II. Gesundheit, III. Leben. Hiervon ist B. I in den Abhandl. S. 417 ausgeführt. Es wird hier in § 31 Nötigung und crimen vis, in § 32 Bedrohung behandelt. Widerrechtliches Binden, Einsperrung, Menschenraub sind nur besonders drastische Anwendungen der Nötigung (S. 423 Anm. 7). Hausfriedensbruch und Heimsuchung gehören richtiger zu den Verbrechen gegen die securitas publica. Die Stellung der Bedrohung ist Köstlin zweifelhaft (S. 432 f.), da eine Beschränkung oder Aufhebung der Freiheit des Entschlusses keine wesentliche Folge sei.

Die gemeinrechtliche Wissenschaft, deren verschiedene Strömungen in der vorstehenden Übersicht zum Ausdrucke kommen, bildet den gemeinsamen Boden, auf dem die Partikularstrafgesetzbücher und -Entwürfe einschl. des

[1]) Es sei dies eine „Verletzung der Freiheit im Gebiet ihrer berechtigtesten Betätigung". Doch dürfe sie nicht mit öffentlicher Gewalt verbunden sein (S. 315).

geltenden deutschen und österr. erwachsen sind. Ihre Betrachtung im einzelnen müssen wir uns versagen. Sie spiegeln zum Teil die ältere gemeinrechtliche Auffassung wider und halten an dem römischrechtlichen crimen vis fest, so insbesondere Österreich, aber auch Hessen, Frankfurt, Nassau — letztere allerdings insofern vermittelnd, als sie daneben auch einen Titel der Freiheitsdelikte haben. Im übrigen ist diese Gruppe meistens durch Einbeziehung auch der Nötigung in dem hier behandelten Umfange anerkannt. Der Nötigungsbegriff ist freilich sehr verschieden bestimmt: bisweilen jede Gewalt und Drohung (letztere hier und da mit Strafabstufungen) umfassend, wie Thüringen, Sachsen, Braunschweig, Hamburg; — am häufigsten unter Einschränkung auf Gewalt und gewisse Arten von Drohung; — in Preußen, Waldeck und Lübeck enorm eingeengt auf die mündliche oder schriftliche Bedrohung mit der Verübung eines Verbrechens oder Vergehens, unter gänzlichem Ausschluß der Gewalt. Hier erscheint somit als angegriffenes Rechtsgut lediglich die Freiheit der Willensentschließung, nicht die der Willensbetätigung.

Ein wechselndes Schicksal hat auch der Hausfriedensbruch, der mehrfach statt zu den Freiheitsdelikten zu den Rechtsfriedensdelikten bezw. den Vergehen gegen die öffentliche Ordnung, Ruhe und Sicherheit gestellt oder, wie in Preußen und Baden, ganz en bagatelle behandelt oder fortgelassen wird. Auch die Entführung gesellt sich trotz sexuellen Charakters zur Gewalttätigkeit oder zu den Freiheitsdelikten, und der Kinderraub schwankt dann zwischen engem Anschluß an sie oder an den Menschenraub.

---

3. Deutschland. Österreich. (Rußland.)

I. Deutschland (Gesetz und Stand der Doktrin).

Das deutsche RStrGB. reiht sich in den erörterten Typus deutscher Strafgesetzbücher des 19. Jahrhunderts ohne Zwang, aber auch ohne hervorstechende Individualität ein. Die Behandlung unserer Gruppe ist durchaus nicht einheitlicher, zielbewußter oder durchdachter geworden. Der 18. Abschnitt hat die Entführung mit einbezogen, statt sie, gleich der Notzucht, dem 13. Abschn. zuzuweisen. Er hat dem Menschenraub seinen zwiespältigen Charakter belassen, und § 234 schildert dieses Delikt nur im Versuchsstadium: er ist Verletzung der Lokomotionsfreiheit[1]), aber in der Absicht einer Verletzung des status libertatis. Daß das eine dieser beiden Rechtsgüter ein verzichtbares ist, das andere nicht, und daß die Einwilligung des Verletzten somit zu höchst eigentümlichem Resultate führt, ist dem Gesetzgeber entgangen. Da der Text nur vier Zustände der Unfreiheit ohne clausula generalis aufführt, so ist der Schutz der Rechtspersönlichkeit lückenhaft. Die Bemächtigung, um den Verletzten in hilfloser Lage auszusetzen, bringt einen ganz anderen Gedanken herein und stellt ein Lebensgefährdungsdelikt dar, das in seiner Vollendung, und namentlich bei Einwilligung des Ausgesetzten, wegen der engeren Fassung des § 221 nicht einmal immer strafbar ist. Die Ergänzung des § 234 durch das Gesetz vom 28. Juli 1895 über Sklavenraub und Sklavenhandel hat noch schwerer wiegende Bedenken gegen sich und ist durch Seuffert, v. Liszt und Binding der schärfsten Kritik unterzogen worden. Sklavenraub kann an sich nur einen durch § 234 bereits gedeckten Unterfall des mangelhaft konstruierten Menschenraubes bilden. Der Fehler wird nicht verbessert durch die weitere Ausdehnung des kriminellen Tätigkeitsgebietes, sowie der Mitwirkungsakte, durch höhere Strafsätze und durch kasuell wirkende, bis zur Androhung von Todesstrafe für Unglücksfälle gehende Qualifizierung. Im Gegenteil muß das Aufgeben der Hauptsätze über Versuch, Teilnahme und Schuld die Schwächen der begrifflichen Grundlegung in der Einzelanwendung um so schärfer her-

[1]) Insofern Unterfall des § 239, wie Frank trotz Binding, Lehrb. I² 110 Anm. 1 zuzugeben sein wird. Aber daß dann die Erreichung der Absicht kriminalistisch nicht mehr in Betracht komme, muß durchaus bestritten werden.

vortreten lassen. Dazu kommen die völlig neuen, aber vom Gesetzgeber ohne Definition gelassenen Begriffe Unternehmen, Streifzug, Veranstalter, Anführer. Direkter gegen das Rechtsgut der Rechtspersönlichkeit wendet sich der Sklavenhandel; aber auch hier ist der Umkreis der bedrohten Handlungen durchaus unsicher[1]), und es fehlt eine Berücksichtigung des Sklavenhaltens. Auch der von einer Hilfshandlung zum delictum sui generis erhobene Sklaventransport ist lediglich als Nebenerscheinung des Sklavenhandels verpönt.

Der Kinderraub des StrGB. ist mit Recht als Delikt gegen die elterliche Gewalt gefaßt, die das Surrogat der dem Minderjährigen nicht im vollen Umfange zustehenden Lokomotionsfreiheit und Freiheit der Willensbetätigung bildet. Die Gefährdung des Personenstandes (Verhältnis zu StrGB. 169) ist vom Gesetz unberücksichtigt gelassen. Die Gefährdung der künftigen körperlichen und seelischen Entwickelung, insbesondere der intellektuellen und der sittlichen Ausbildung des Kindes wäre ein passender Grund zur Straferschwerung. Das Gesetz wird dem nur mangelhaft gerecht. Es kennt drei Qualifikationen: 1. die beabsichtigte Verwendung zum Betteln — zweifellos ein hergehöriges Beispiel; 2. die beabsichtigte Verwendung zu gewinnsüchtigen Zwecken oder Beschäftigungen — hier wird das Motiv des Eigennutzes getroffen, die Entwickelung des Kindes braucht keineswegs gefährdet zu sein; 3. die beabsichtigte Verwendung zu unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen — hier tritt der berührte Grundgedanke klar zu Tage, und Nr. 1 ist nur ein Spezialfall davon. „Unsittlich“ umfaßt aber „unzüchtig“: liegt in concreto der Spezialfall unzüchtiger Zwecke oder Beschäftigungen vor, so gewinnt das Verbrechen den Charakter eines echten Sittlichkeitsdeliktes. Eingriffe in die geschlechtliche Freiheit, d. h. in das Recht, in sexueller Beziehung über sich selbst zu verfügen, stellen je nach dem angewandten Mittel verschiedene Sexualverbrechen vor: Anwendung von Gewalt oder schweren Drohungen führt zu StrGB. § 176 Z. 1, 177; Anwendung einer Täuschung zu § 179; Ausnutzung der Willenlosigkeit zu § 176 Z. 2; Ausnutzung der geringeren Widerstandsfähigkeit des unreifen Kindesalters zu § 176 Z. 3 und § 182; Ausnutzung eines Autoritäts- oder Abhängigkeitsverhältnisses zu § 174 und teilweise § 173. Dem würde hier die Ausnutzung der durch den Bruch der elterlichen Gewalt schutzloseren Lage des Minderjährigen, und die Ausbeutung der eigenen faktischen Gewalt und der darin liegenden Überlegenheit an die Seite treten.

Die Freiheitsberaubung des § 239 (mit den zwei gelinderen Erschwerungsgründen, der Dauer über eine Woche und der schweren Körperverletzung, und dem einen stärkeren, dem tödlichen Ausgang) und die Nötigung des § 240 sind in ihrem gegenseitigen Verhältnis vom Gesetz nicht klargestellt. Gegen die Annahme der Spezialität spricht, daß der Nötigungsversuch strafbar, der Einsperrungsversuch straflos ist.

[1]) Veräußerungsgeschäfte oder auch Erwerbsgeschäfte? Gewerbsmäßigkeit oder auch Gewohnheitsmäßigkeit?

Der Hausfriedensbruch ist im 7. Abschnitt als Vergehen gegen die öffentliche Ordnung behandelt. Doch könnte dahin höchstens das Eindringen in öffentliche Dienträume (Rest des Burgfriedensbruches) gerechnet werden; aber das Recht des Staates oder der sonstigen öffentlichrechtlichen Person an diesen Räumen ist nach Analogie des privaten Hausrechts und nicht etwa umgekehrt behandelt. Grund der Pönalisierung ist das Interesse des Staates an der Unversehrtheit eines bestimmten privaten Rechtsgutes, das er unter gewissen Umständen, z. B. als Besitzer eines Hauses, auch für sich in Anspruch nimmt, gleich als ob er ein Privater wäre; nicht ist Grund der Pönalisierung das staatliche Interesse an der Ungestörtheit des staatlichen usw. Dienstbetriebs. Beweis dafür die Erstreckung des Antragserfordernisses, sowie auch des Erfordernisses einer besonderen Aufforderung an den unbefugt Verweilenden, auf den „Burgfriedensbruch". Neben dem einfachen Haus- und Burgfriedensbruch, dessen Versuch straflos ist, stehen schwerere, mit Binding passend als Heimsuchung zu bezeichnende Fälle. Es sind die folgenden: 1. sog. bewaffneter Hausfriedensbruch — einfache Heimsuchung nach § 123 Abs. 3; 2. sog. gemeinschaftlicher Hausfriedensbruch — einfache Heimsuchung nach § 123 Abs. 3; 3. schwere Heimsuchung nach § 124. Hier gehört zum Tatbestand eine „foule criminelle", daher erscheint hier schon das staatliche Rechtsgut des Rechtsfriedens stark in Mitleidenschaft gezogen. Und wirklich schlägt die Handlung in Landfriedensbruch um, sobald die Absicht, Gewalttätigkeiten mit vereinten Kräften zu begehen, zur Tat geworden ist. Das schon vollzogene Eindringen in die Haus- oder Diensträume wird dann nachträglich gleichgültig; nicht etwa hat doppelte Bestrafung aus § 124 und § 125 einzutreten. Immerhin erklärt die Existenz des § 124 mit seiner unklaren Mittelstellung, warum der Gesetzgeber nicht dazu gelangt ist, Haus- und Landfriedensbruch völlig zu trennen und ersterem einen richtigeren Platz im System anzuweisen. Ein Existenzbedürfnis für die schwere Heimsuchung verschwände völlig, sobald man dem Landfriedensbruch einen Versuchstatbestand[1]) an die Seite stellen oder auch nur das Maximum für gemeinschaftlichen Hausfriedensbruch etwas erhöhen wollte.

In der Literatur stehen die systematischen Fragen und damit die Konkurrenzfragen im Vordergrunde. So über das Verhältnis zwischen Freiheitsberaubung und Nötigung (Spezialität? Subsidiarität? Idealkonkurrenz?), über das zwischen Freiheitsberaubung und Menschenraub, über das zwischen Menschenraub und Kinderraub. Ferner über die genaue Formulierung des Angriffsobjektes bei der Freiheitsberaubung (Freiheit der Fortbewegung vom Aufenthaltsort, oder Freiheit in der Wahl des Aufenthaltes?). Besonders zweifelhaft ist die Unterbringung der Bedrohung. Während Wächter (1881) in ihr eine grobe Nichtachtung der Persönlichkeit sah und sie der Injurie nahebrachte, schwankt seitdem die Doktrin zwischen der Auffassung, daß sie

[1]) Wenn der Text hieße: „. . . Gewalttätigkeiten begeht oder zu begehen unternimmt . . ."

sich gegen die Rechtssicherheit oder den Rechtsfrieden (des Einzelnen nach v. Liszt, Merkel u. a., der Gesellschaft nach Wachenfeld 1904), und der, daß sie sich gegen die persönliche Freiheit richte (als Verletzungsdelikt nach Geyer, John, Hälschner, als Gefährdungsdelikt nach Loening, Birkmeyer, als Polizeidelikt nach Binding). Hiermit hängen dann eng zusammen die Fragen nach dem Vollendungsmoment, und nach dem Inhalt des Vorsatzes bei der Bedrohung.

Am meisten umstritten ist die Stellung des Hausfriedensbruchs und seiner Arten. Richtet er sich gegen ein öffentliches (Berner, Wächter, Wachenfeld) oder gegen ein privates Rechtsgut? Hier setzen mancherlei Distinktionen ein. Nach v. Bar (1878) geht der einfache Hausfriedensbruch gegen ein privates, der sonstige gegen ein öffentliches Rechtsgut; nach Merkel (1889) geht außerdem der bewaffnete und der gemeinschaftliche gegen ein privates Rechtsgut. John und Geyer scheiden den Hausfriedensbruch, der gegen die persönliche Freiheit verstößt, vom Burgfriedensbruch (in öffentlichen Diensträumen), der die öffentliche Ordnung angeht. Ist nun das private Rechtsgut, dessen Annahme die Mehrheit zuneigt, nicht weiter zu definieren (Meyer), oder ist es der persönlichen Freiheit verwandt, aber doch eigenartig (v. Liszt), ohne daß man sich verpflichtet fühlt, die Grenzen der Ähnlichkeit und Unähnlichkeit darzulegen? Ist dies private Rechtsgut die Ehre (v. Bar und schon vorher v. Schwartze, Neues Archiv 1842), der Rechtsfrieden (Lüder 1877, v. Liszt 1884, Merkel 1889, v. Lilienthal 1900), die persönliche Freiheit (John, Schütze, Hälschner, Binding, Birkmeyer) oder ist es gar ein Vermögensrecht, der Sachbesitz (Loening 1885, Beling 1902)?

Mit diesen Strukturfragen hängen noch mehrere streitige Detailpunkte zusammen, z. B. Vollendungsmoment beim Kinderraub, Umfang des konstruktiven Hausfriedensbruchs (gegen den „vermutlich entgegenstehenden Willen" des Berechtigten); vor allem die Kontroverse über die Nötigungsmittel: Wie ist Gewalt von Drohung abzugrenzen? Fällt die Betäubung unter Gewalt, unter Drohung, unter List oder unter keines? Die Neigung, diese Mittel möglichst extensiv auszulegen, geht mit zurück auf das unglückliche Verhältnis der §§ 240, 253 und die Inkongruenz der Nötigungs- und der Erpressungsmittel. Als weitere, vielfach ventilierte Fragen seien noch genannt die nach der Widerrechtlichkeit der Nötigung, insbesondere zur Unterlassung von unsittlichen oder strafbaren Handlungen, sowie aus der Lehre vom Hausfriedensbruch der Zweifel über die Grenzen des Hausrechts zwischen Mitbenutzern (Stellung des Mieters, des Gesindes, des Gastes), über den Umfang des Begriffes der Geschäftsräume (Straßenbahnwagen? Gefängniszelle?), über die Erfordernisse des bewaffneten Hausfriedensbruchs.

II. Österreich (geltendes und geplantes Recht).

A. Das österreichische StrGB. von 1852 verrät seine Abstammung vom alten StrGB. 1803, also aus einer Zeit, da der Begriff der Freiheits-

verbrechen überhaupt noch nicht ex professo erörtert war, durch die Anlehnung an das crimen vis. Die sämtlichen uns beschäftigenden Verbrechen finden sich im IX. Hauptstück: „Von öffentlicher Gewalttätigkeit", sind also nur unter einem formalen Gesichtspunkt zusammengefaßt, der in dem Einzeltatbestande z. T. kaum ernstlich festgehalten ist, z. T. diesen unnötig einengt.

I. §§ 83, 84 behandeln die öffentliche Gewalttätigkeit durch gewaltsamen Einfall in fremdes unbewegliches Gut (IV. Fall)[1] — sog. Friedensbruch, der von der Doktrin in Land- und Hausfriedensbruch geschieden wird. Doch erscheint ersterer lediglich als gemeinschaftlicher Hausfriedensbruch[2]) und als sonstige gemeinschaftliche gewaltsame Störung des ruhigen Besitzes von Grund und Boden, oder der darauf sich beziehenden Rechte eines anderen. Als Angriffsobjekt erscheint also ein subjektives Recht aus dem Gebiete des Privatrechts, der Immobiliarbesitz; systematisch gehört dieser Teil des sog. Landfriedensbruches zu den Vermögensdelikten. Die Praxis verlangt daher zur Vollendung auch garnicht Überwältigung eines entgegenstehenden Hindernisses.[3] Der Hausfriedensbruch unterscheidet sich in 3 Punkten von dem deutschen: a) für den Alleintäter wird stets Bewaffnung verlangt[4]; b) das Verbrechen ist zweiaktig[5], es besteht aus Eindringen[6] plus Gewaltausübung (an dem anderen, dessen Hausleuten oder Habe und Gut, also Annäherung an den Landfriedensbruch); c) die Absicht muß feindselig sein („eine Gehässigkeit zu befriedigen").[7] Gegenstand ist nur Haus und Wohnung[8], nicht Geschäftsräume, nicht Diensträume.[9]

[1]) Die andern, uns nicht angehenden „Fälle" sind: I. Störung von Behörden, Parlament etc.; II. desgl. von anerkannten Körperschaften; III. Handanlegung an Amtspersonen; V. schwerere Eigentumsbeschädigungen und VI. -gefährdungen; VII. Störungen des Staatstelegraphen.

[2]) Kassationshof 5. 10. 97/2127. Geller n. 1; Lammasch p. 86; vergl. Geller n. 15.

[3]) Geller n. 2, 3; Kassat.-Hof 21. 1. 58, 24. 10. 81, 19. 6. 84. Janka § 135 III. Abweichend Lammasch p. 86. Aber weder Gesetz noch Judikatur fordern, daß tatsächlich Personen das Grundstück „verteidigen oder zu verteidigen bereit sind". Der Vorsatz geht auf Hinderung der Ausübung des Besitzrechtes (Geller n. 6a, Kass.-Hof 27. 1. 99). Diese kann aber auch durch ledigliche Einwirkung auf Sachen bewerkstelligt werden (Geller n. 4, Kass.-Hof 22. 12. 87). Zum Teil abw. Finger, Zucker.

[4]) Bewußter Besitz eines Taschenmessers soll (ganz wie nach deutscher Praxis) genügen, Geller n. 14a, Kass.-Hof 7. 10. 99; desgl. ein Stock, Geller n. 13.

[5]) Die Einheit liegt in der schon beim Eindringen vorhandenen Absicht der Gewaltverübung. So Lammasch p. 48, der auf den historischen Zusammenhang mit der Fehde hinweist. Man vergl. husbryce, hamfare, heimzuht (unter England, Burglary).

[6]) Auch die österr. Praxis hat den „konstruktiven Hausfriedensbruch" sich nicht entgehen lassen. Nach Kass.-Hof 27. 6. 88/1168, Geller n. 8 (ferner 7. 10. 99, 10. 3. 00, Geller n. 10a) soll Eintreten gegen den vermutlichen Willen des Berechtigten = Eindringen sein. Dagegen mit Recht Lammasch p. 48.

[7]) Rache, Selbsthilfe, Abnötigung eines Versprechens oder Beweismittels sind gesetzliche Beispiele.

[8]) Denen die Praxis Stall und Hausgarten anschließt und z. B. eine Zeitungsredaktionsstube gleichstellt. Geller n. 7, 7a, 8.

[9]) Dem Publikum völlig offenstehende Lokalitäten, Kirchen, Gerichtssäle, Läden, Gasthäuser nimmt Lammasch S. 48 mit Recht aus; vergl. jedoch Kass.-Hof 26. 6. 99/2384, Geller n. 21 (bez. Gasthaus).

II. Der Menschenraub (§§ 90—92, VIII. Fall) ist auch hier Bemächtigung in der weitergehenden Absicht auf Verbringung in ein Abhängigkeitsverhältnis[1]) — also im Sinne des plagium.[2]) Es wird stets eine „auswärtige“ Gewalt erfordert; Verbringung in ein ausländisches Bordell dürfte mit Lammasch S. 41 unter den Wortlaut zu bringen sein, fällt aber ihrem Wesen nach systematisch richtiger unter die Sittlichkeitsverbrechen. Mittel des Menschenraubes ist nur List und Gewalt, nicht Drohung.

III. Die unbefugte Einschränkung der persönlichen Freiheit (IX. Fall, §§ 93, 94) richtet sich gegen die Lokomotionsfreiheit; sie besteht im „Verschlossenhalten“ oder in sonstiger „Anhaltung“.[3]) Das Gesetz weist auf Ausnahmefälle rechtmäßiger Anhaltung[4]) ausdrücklich hin, und stellt das geflissentliche Unterlassen einer Anzeige von solcher Festhaltung bei der Obrigkeit der Freiheitsbeschränkung vollkommen gleich. Die Dauer der Freiheitsbeschränkung ist an sich gleichgültig, nicht aber ihr Zweck. Geht dieser auf Antastung eines ganz anderen Rechtsgutes, tendiert also der Vorsatz auf ein völlig anderes Verbrechen (z. B. Körperverletzung, Notzucht), dessen Tatbestand das Merkmal einer Freiheitsbeschränkung durch Gewaltanwendung einschließt[5]), so kommt nur dieses letztere Verbrechen in Betracht, und die Freiheitsbeschränkung ist lediglich tatbestandsmäßiges Mittel zu dessen Verübung; sie hat kriminalistisch kein Sonderdasein. Dieser Fall der Gesetzeskonkurrenz, oder wie es meistens ausgedrückt wird, diese „subsidiäre“ Natur der Freiheitsberaubung ist auch in der österreichischen Theorie und (schwankend) Praxis anerkannt.[6]) Die Einwilligung des Ein-

[1]) Entfernteres Angriffsobjekt ist also die Freiheit im Sinne des status libertatis. Dem entspricht der eigentümliche Straferschwerungsgrund des § 91: „wenn der Mißhandelte einer Gefahr . . . an Wiedererlangung der Freiheit ausgesetzt worden“. Sehr eigentümlich ist, daß die Einwilligung die Strafbarkeit ausschließt. Finger § 28 I 2b.

[2]) Das plagium militare, die unbefugte Werbung, in § 215 „Falschwerbung“ genannt, war durch § 92 den Militärgerichten zugewiesen. Abgeändert durch Ges. 20. Mai 1869 (Löffler, Studienausg. p. 72), wo auch die Strafe bestimmt ist.

[3]) Qualifizierte Fälle sind: a) Dauer über 3 Tage; b) Erleiden eines Schadens (am Vermögen); c) Erleiden eines andern „Ungemachs“ d. h. eines nicht notwendig verbundenen körperlichen oder seelischen Unbehagens (Kass.-Hof), Geller § 94 n. 2.

[4]) Namentlich gegründete Annahme, daß jemand ein Verbrecher, ein schädlicher oder gefährlicher Mensch sei. Ferner ehemännliche, väterliche, hausherrliche Gewalt, Amtspflicht usw. Der Ehemann darf in Österreich seine Frau einsperren, um die häusliche Ordnung aufrecht zu erhalten. Doch hat ihm der Kass.-Hof verboten, sie mit Kette und Fußeisen an die Wand zu fesseln, Geller n. 2, 3.

[5]) Dieses Tatbestandselement ist das unentbehrliche Bindeglied. Das hat Kass.-Hof 1. 12. 83/598, Geller n. 23 in folgendem Fall übersehen: Ein sich wehrendes Kind wurde festgehalten und ein Hund veranlaßt, auf ihm Beischlafsbewegungen zu machen. Hier wurde zu Unrecht Freiheitsbeschränkung verneint und lediglich Übertretung des § 516, Verletzung der Schamhaftigkeit, angenommen. Denn zum Tatbestand der letzteren gehört kein Freiheitseingriff. Es lag vielmehr Idealkonkurrenz beider („allogene“, Lammasch p. 39) vor.

[6]) Lammasch p. 48; Finger § 29 I 3; Kass.-Hof 16. 7. 81/366; Geller n. 15: Festhalten, um die Zöpfe abzuschneiden, ist Injurie, StrGB. § 496 Fall I: tätliches Mißhandeln vor mehreren Leuten. Festhalten in Mißhandlungsabsicht und mit dem Erfolg schwerer körperlicher Beschädigung fällt nur unter letztere; Festhalten

gesperrten läßt die Widerrechtlichkeit entfallen, was für geistliche Korrektionsanstalten nach Ministerialverordnungen vom 7. Juni (betr. Kleriker) und 7. August 1869 (betr. Regularen) besondere Bedeutung hat.

IV. Die Behandlung eines Menschen als Sklaven (§ 95, X. Fall) setzt als Objekt einen ehemaligen Sklaven im Rechtssinn voraus, der durch Betreten österreichischen Gebietes oder Schiffes frei geworden ist.[1]) Eine umfassende Richtung gegen das Rechtsgut der Rechtspersönlichkeit hat also dieses Gesetz nicht.

V. Die Entführung (§§ 96, 97, XI. Fall) umfaßt zwei verschiedenartige Delikte. Das erste ist ein durch die sexuelle Absicht gekennzeichnetes Sittlichkeitsverbrechen, der Frauenraub, das zweite ist Verletzung eines Gewaltverhältnisses, ähnlich dem deutschen Kinderraub. Ein Mittelfall ist die Entführung der Ehefrau, insbesondere der einwilligenden: die geschlechtliche Absicht wird ja die Regel bilden, ist aber nicht erforderlich; somit haben wir den Fall im System als Verletzung eines familienrechtlichen Gewaltverhältnisses anzusetzen.[2]) Demnach sind Ehefrau, Kind und Mündel lediglich Objekt des Verbrechens und können nicht zu Mitschuldigen werden[3]), woraus man wohl auch die Straflosigkeit doloser Hilfe bei der Selbstentziehung zu folgern hat.[4]) Mittel zur Entführung sind List oder Gewalt den Eltern usw. gegenüber, nicht aber Drohung. Die Praxis zeigt

über das hierzu nötige Maß hinaus stellt Idealkonkurrenz von Körperbeschädigung und Freiheitsbeschränkung dar (nach Kass.-Hof 10. 4. 97 nur letztere, Geller n. 18b). Fesselung eines Verdächtigen zur Erzwingung eines Diebstahlgeständnisses ist ganz und gar durch den Nötigungs-§ 98a („Erpressung") gedeckt, fällt also gar nicht unter § 93 (richtig Kass.-Hof 24. 1. 85, Geller § 98 n. 22; dagegen 2. 12. 68, Geller § 93 n. 13). Über das Verhältnis beider besteht allerdings ein ähnlicher Streit, wie in der deutschen Wissenschaft; Kass.-Hof 5. 2. 83, Geller n. 22 betrachtet § 93 als die „Spezialverfügung". — Besonders wichtig ist das Verhältnis des § 93 zu den Sittlichkeitsdelikten. Der richtige Grundsatz, wie oben im Text, ist in Kass.-Hof 11. 11. 93/1680, Geller n. 18 ausgesprochen und auch prinzipiell in Entsch. 6. 2. 90/1297, Geller n. 16, aber in concreto wird doch hier und Entsch. 6. 7. 85/806, Geller n. 24, der Endzweck der Gewaltanwendung, nämlich der geschlechtliche Mißbrauch, als irrelevant erachtet und Freiheitsbeschränkung statt Notzuchtversuch angenommen; dagegen Lammasch S. 48. Vergl. auch Geller n. 20. Bei Rücktritt vom Notzuchtversuch wird § 93 für unanwendbar angesehen in Entsch. 5. 5. 82/447, Geller n. 21; dagegen für anwendbar in Entsch. 5. 2. 83/509 und 11. 9. 85/814, Geller n. 22, 25.

[1]) Es ist strafbar, ihn in seiner Lokomotionsfreiheit zu hindern oder ihn wieder weiter zu veräußern. Strafbar ist auch der Schiffskapitän, der die Verfrachtung von Sklaven übernimmt. Schwerster Fall ist das Treiben „fortgesetzten Verkehrs mit Sklaven" (schwerer Kerker bis 20 Jahren).

[2]) Lammasch p. 49, Finger § 32; Österr. BGB. 91.

[3]) Geller n. 5a (Gattin als Anstifterin, Kass.-Hof 15. 4. 84), n. 5 (Tochter, Kass.-Hof 7. 6. 65). Lammasch p. 48. — Entführung wider Willen wird aber schwerer bestraft, § 97, desgl. Entführung einer noch nicht 14jährigen Person (nach der Formulierung ein rein objektiver Straferhöhungsgrund, Kass.-Hof 3. 1. 01/2579, Geller § 97, vergl. unten Niederland).

[4]) So anscheinend auch Lammasch p. 48, dagegen Kass.-Hof, Entsch. 9. 1. 97, Geller n. 8b. Zuzugeben ist aber, daß ein Kind, das selbst das Elternhaus verlassen hat, damit noch nicht notwendig die Schutzgewalt beseitigt zu haben braucht, also noch entführt werden kann, Geller n. 8.

die Neigung, in jedem einverständlichen Handeln des Entführten, das ohne Wissen der Eltern geschieht, eine Anwendung von List seitens des Täters zu erblicken.[1])

VI. Als „Erpressung" (§ 98, XII. Fall) wird im österr. StrGB. die Nötigung bezeichnet. Sie ist mit der gefährlichen Drohung zusammen der allgemeinste Fall des Verbrechens der Gewalttätigkeit. Diese „Erpressung" hat keine spezifische Richtung gegen das Vermögen, sondern ist nach ihrer Struktur und dem System des Gesetzes im wesentlichen ein formales Delikt[2]), gekennzeichnet durch die Mittel der Begehung. Sie besteht entweder a) darin, daß einer Person wirklich Gewalt angetan[3]) wird, oder b) darin, daß jemand[4]) mit einer Verletzung an Körper, Freiheit, Ehre oder Eigentum bedroht wird. Die Drohung muß geeignet sein, dem Bedrohten gegenüber Besorgnisse einzuflößen[5]); ob sie diesen Erfolg wirklich gehabt hat, ist gleichgültig.[6]) Die Absicht des Täters muß darauf gehen, den anderen zu einer Leistung, Duldung oder Unterlassung zu zwingen. Dadurch erlangt die „Erpressung", wenn sie auch schon mit der Anwendung des Nötigungsmittels juristisch vollendet ist, die Natur eines Angriffs gegen die Freiheit der Willensbetätigung („Duldung") und der Entschließung („Leistung", „Unterlassung"). Da eine „Leistung" verlangt wird, so genügt nach übereinstimmender Meinung in Theorie und Praxis Zwang zu einem rechtlich indifferenten Verhalten nicht.[7]) Es muß vielmehr der Zwang die Verkürzung eines konkreten Rechts in sich schließen.[8]) Man hat u. a. hierher gerechnet: Zwang zur Betätigung einer bestimmten politischen Gesinnung; Abnötigung

[1]) Vergl. Geller n. 6, 9, 7, 13; bes. Kass.-Hof 7. 6. 86/934: dem Deliktsrequisite erscheint schon dann Genüge getan, wenn die Entführung hinter dem Rücken der Eltern ins Werk gesetzt ist. Ähnlich Finger. Dagegen Lammasch p. 49.

[2]) Lammasch S. 70, der sie daher an anderer Stelle als die Freiheitsdelikte behandelt. §§ 98, 99 stammen aus der Allerh. Entschließung v. 19. Juni 1835.

[3]) Bloße Drohung mit solcher „tätlichen Beleidigung" fällt hier nicht, wohl aber nach ausdrücklicher Bestimmung beim Raube (österr. § 190) unter den Gewaltbegriff. Betäubung als solche fällt nie darunter: Lammasch gegen Finger § 33 I 2a u. a. Kontroverse wie in Deutschland. Freilich aber kann Betäubung die Folge der angewendeten Gewalt sein.

[4]) Oder seine Familie oder Verwandte oder andere unter seinen Schutz gestellte Personen.

[5]) „Mit Rücksicht auf die Verhältnisse und die persönliche Beschaffenheit (des Bedrohten), oder auf die Wichtigkeit des angedrohten Übels" — also nicht lediglich nach der Individualität des Bedrohten zu beurteilen, wie Lammasch S. 49, 71, vergl. Geller n. 14, 19b. „Unwiderstehlich" oder direkt den Willen lahm legend, zu Stupor oder Betäubung führend braucht die Drohung ebensowenig zu sein wie die Gewalt. Kass.-Hof. 6. 4. 99, Geller n. 17a (sehr zweifelhaft).

[6]) Geller n. 15.

[7]) Kass.-Hof 10. 6. 86, 21. 6. 80/260, 24. 9. 92/1562; Geller n. 2, 20, 20a, 27a; Lammasch S. 70; Glaser, Kl. Schriften, 2. Aufl., S. 301. Dagegen Janka § 115, Finger § 33 I 2. Die Entsch. 260 erscheint freilich sehr bedenklich: es wurde Einlaß in eine Schenke und entgeltliche Verabreichung von Getränken zur Nachtzeit erzwungen. Das soll kein Verbrechen begründen. Es ist jedoch Zwang zum Abschluß eines Kaufvertrages. Entsch. 1562 läßt dagegen Zwang zum Abschluß eines Werkvertrages mit einer Hebamme genügen.

[8]) Geller n. 5, 20a.

eines Geständnisses eines Verbrechens; Zwang, zur Entbindung eine andere Hebamme als die gewählte herbeizuziehen[1]); Zwang zum Selbstmord, zu einer unsittlichen Handlung, zum Konfessionswechsel. Im einzelnen herrscht mancherlei Streit.[2]) Wenn der Nötigende ein Recht auf die Leistung hatte[3]) oder zu haben glaubte[4]), so liegt „Erpressung" nicht vor; höchstens kann das angenommene Selbsthilfemittel als solches strafbar sein (Freiheitseinschränkung, Mißhandlung, Übertretung wider die körperliche Sicherheit). Da das österreichische Gesetz keinen Unterschied danach macht, ob die Nötigung in der Absicht geschieht, sich oder anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, oder ohne solche gewinnsüchtige Absicht, so fällt in den Umkreis des § 98 auch die Erpressung unseres deutschen StrGB.[5]); desgleichen die räuberische Erpressung und der raubähnliche Diebstahl der deutschen §§ 255, 252; dagegen nicht der Raub, da dieser Spezialfall im 22. Hauptstück eine besondere Regelung als Delictum sui

---

[1]) Kass.-Hof 27. 11. 97 und 1. 10. 98; Geller n. 21a; — 24. 1. 85; Geller n. 22; — 24. 9. 92, Geller n. 20a; Lammasch S. 70. Zwang zur Ablegung eines falschen Zeugnisses Geller n. 21. Dagegen nach Entsch. 27. 12. 84 Geller n. 27 nicht die erzwungene Unterlassung, einem Dritten vor körperlicher Mißhandlung Schutz angedeihen zu lassen; der Genötigte sei zur Schutzgewährung weder berechtigt noch verpflichtet gewesen; vermöge seines Standes sei er nicht zur Aufrechterhaltung der Ordnung und der persönlichen Integrität Fremder bestellt gewesen. Die Entsch. scheint mir die Berechtigung zur Nothilfe nach österr. StrGB. § 2g Abs. 2 zu verkennen. Gegen sie auch Lammasch.

[2]) Glaser nimmt „Erpressung" nicht an bei Zwang zum Selbstmord, zur Unterlassung der Anzeige eines Offizialdelikts. Sicherlich ist Zwang zur Unterlassung des Selbstmords nicht strafbar (wie alleinstehend v. Lilienthal auch nach deutschem Recht behauptet, vergl. v. Liszt [15] 356, § 100 Anm. 4); ebensowenig überhaupt zur Unterlassung einer unrechtmäßigen Handlung, z. B. der eigenmächtigen Beschlagnahme eines Gewehrs, Kass.-Hof 780, Geller n. 7, Lammasch S. 70.

[3]) Der Gläubiger auf Zahlung der Schuld; der entlassene Lehrling auf Ausstellung eines Lehrzeugnisses; der Hoteldiener auf Erlangung des üblichen Trinkgeldes, Kass.-Hof Entsch. 202, 282, 401, 2008, 2093; Geller n. 5, 25—25b. — Umgekehrt mußte dann gleichgültig bleiben, ob dem Täter an sich die Zufügung des angedrohten Übels rechtlich freistand, falls er nur auf die Leistung (z. B. Zahlung eines Geldäquivalentes) kein Recht hatte. Über dieses sehr diffizile Gebiet vergl. Lammasch S. 71 und unten Anm. 5. Abweichend Janka und Finger.

[4]) Kass.-Hof Entsch. 202, 401; Geller zu § 2e, n. 11a.

[5]) Nach Lammasch S. 71 zieht der Kass.-Hof (Entsch. 27. 2. 86/890, Geller N. 24) auch die „chantage" im techn. Sinn, d. h. Androhung von Enthüllungen über nicht gerade ehrenrührige Privatverhältnisse hierher, um Geld zu erlangen. Ist das Verletzung an der Ehre? — Fordern eines Schweigegeldes für Unterlassung einer Strafanzeige hält Lammasch für strafbar. Das stimmt mit dem oben Anm. 3 berührten Grundgedanken: dem Nötiger steht die Anzeige nur frei, er hat aber kein formuliertes subjektives Recht darauf. Anders bei der Privatanklage; ich trete der Unterscheidung von Glaser bei. — Interessant ist folgende Gegenüberstellung. Der Vermieter droht mit Kündigung, falls ihm nicht der Mieter 1. eine gewisse Summe zahle; oder 2. seine Frau preisgebe. Ersteres ist in Österreich nach Lammasch straflos, letzteres strafbar. In Deutschland ist zweifellos das Umgekehrte Rechtens. Mir erscheint die österr. Entscheidung willkürlich. Die deutsche beruht auf dem Grundfehler, daß Nötigungs- und Erpressungsbegriff so gar nicht miteinander stimmen.

generis erfahren hat.[1]) Wie der Raub, so scheidet auch die Notzucht, die Erzwingung einer Amtshandlung, nebst gewissen anderen Fällen des Widerstandes gegen die Obrigkeit und des Aufstandes, aus dem Begriff der „Erpressung" (Subsidiarität der Nötigung).[2])

VII. Wenn die eben besprochene Art der Drohung nicht zu einem Nötigungszweck, sondern, um in Furcht und Unruhe zu versetzen, angewendet wird, so liegt das Verbrechen der öffentlichen Gewalttätigkeit durch gefährliche Drohung (§ 99, XIII. Fall) vor. Mit der Äußerung der Drohung ist das Delikt vollendet, mag auch die Erregung von Furcht nicht geglückt, ja die Drohung nicht einmal zur Kenntnis des Bedrohten gelangt sein.[3]) Es können bedroht werden einzelne Personen oder auch ganze Gemeinden und Bezirke. Da letzteres ein Erhöhungsgrund der in § 100 für „Erpressung" und Drohung gemeinsam ausgeworfenen Strafe ist[4]), so spaltet die Doktrin ohne rechten Grund das Drohungsdelikt in private Drohung und Landzwang (Janka §§ 119, 135 I; Finger §§ 48, 146; Lammasch S. 49, 86).

Ein Spezialfall der Bedrohung ist durch § 496 zur Übertretung der Injurie gezogen: es ist danach strafbar, wer jemanden laut und um gehört zu werden, mit Mißhandlungen bedroht. Diese injuriöse Bedrohung ist aber ausdrücklich für subsidiär gegenüber schwerer verpönten strafbaren Handlungen erklärt. (Finger § 44 I 3.)

B. Die Weiterbildung des österreichischen Strafrechts durch die Entwürfe von Glaser 1874, Pražák 1881, Schönborn 1889 und insbesondere letztens den Schönbornschen Entwurf 1891 (Regierungsvorlage = 210 der Beilagen zu den sten. Prot. des Abgeordnetenhauses)[5]) nebst seiner Ab-

[1]) Ist der Verletzte zur Zeit des Gewahrsamswechsels in voller Passivität (so daß dieser Wechsel nicht aus seinem Entschluß hervorgeht), so liegt Raub vor. Kass.-Hof Entsch. 988, Geller § 98 n. 11, § 190 n. 3. Der Distinktion nach der Qualität der Drohung (Entsch. v. 17. 2. 57, 10. 10. 02, 6. 4. 99; Geller § 190 n. 1, 2, § 98 n. 17 a, auch Finger § 33 I vermag ich nicht ganz zu folgen.

[2]) Lammasch S. 71 f.; Janka § 116; Finger § 33 Anh. über das Verhältnis zum Koalitionszwang, Gesetz v. 7. April 1870 § 3. Das Verständnis ist wie bei der deutschen Gew.-Odg. 153 dadurch ungemein erschwert, daß es ein Spezialgesetz, aber mit Tatbestandserweiterung, ist und gleichzeitig subsidiär sein will! In Deutschland kommt noch hinzu, daß es das ältere Gesetz ist, an das man bei Abfassung des StrGB. nicht genügend dachte. v. Liszt [15] 357, § 100 V, Anm. 5; m. E. richtiger Binding, Lehrb. I [2] 95. Vergl. noch Geller [6] § 93 n. 6 a und S. 409.

[3]) Gestraft wird also der Versuch, in Furcht und Unruhe zu versetzen, Kass.-Hof 21. 5. 85, 20. 5. 86, 4. 5. 00, Geller n. 4, 6, 9, Lammasch p. 49. Nicht notwendig ist, daß der Vorsatz des Täters auf wirkliche Ausführung der Drohung ging, Kass.-Hof mehrfach, Geller n. 2. Die Drohung muß objektiv geeignet sein, „Besorgnis" zu erregen und subjektiv bestimmt sein „Furcht" zu erregen. Beides ist nicht identisch, Geller n. 3, 4.

[4]) Die andern Straferhöhungsgründe (für beide Delikte) sind: Verursachung eines qualvollen Zustandes von längerer Dauer durch die Gewalt oder die Drohung; Androhung von Mord oder Brandlegung; höherer Betrag des angedrohten Schadens als 1000 fl.; höherer Betrag des aus dem erzwungenen Verhalten zu erwartenden Schadens als 300 fl.

[5]) Weiterhin als Entw. VI bezeichnet.

änderung durch die Anträge des Ausschusses 1893 (709 der Beilagen)[1]) bewegt sich durchaus in den Geleisen des deutschen StrGB. und vermeidet auch dessen gröbere Fehler kaum. Im 17. Hauptstück werden die gleichen Freiheitsdelikte behandelt, an erster Stelle (Entw. VI 248, VII 239) der Menschenraub, ausgedehnt schon durch Entw. I 246 auf die Bemächtigung eines Menschen, damit er an einem Orte, wo er dem Schutze des Staates entzogen ist, in rechtswidriger Abhängigkeit erhalten werde. Seit Entw. II 240 ist mit Rücksicht auf das bestehende Gesetz und auf internationale Verpflichtungen die Beteiligung am Handel mit Sklaven und an deren Verfrachtung gleichgestellt. — Der Kinderraub (Entw. VI 249, VII 240) stellt neben die dem deutschen StrGB. entstammende Entziehung Minderjähriger durch List, Drohung oder Gewalt noch zwei weitere Fälle. Der erste ist der sog. eigentliche Kinderraub, die Entziehung von Kindern unter 14 Jahren, gleichviel durch welche Mittel. Im Ausschuß zu Entw. V war die Ansicht vertreten, nach ungarischem und italienischem Vorbild die Bestimmung allein auf diesen Fall zu beschränken.[2]) Die Mehrheit war dagegen, weil die elterliche Gewalt bis zur Volljährigkeit dauert. Es wird hier also zielbewußt der Gesichtspunkt hervorgekehrt, daß die Elterngewalt das angegriffene Rechtsgut ist. Der zweite weitere Fall, die Entziehung geisteskranker Personen aus einer Schutzgewalt, gleichviel durch welche Mittel, ist erst durch den Ausschußentw. V 248 hinzugekommen zur Ergänzung der Lücke, die sich in dem deutschen § 235 vorfindet, die aber gleichwohl durch eine Berücksichtigung bloß der Geisteskranken noch nicht ausgefüllt ist. Die Qualifikationsfälle entsprechen dem deutschen Vorbild; nur sind neben den gewinnsüchtigen oder unsittlichen „Zwecken" die „Beschäftigungen" gestrichen. Ebenfalls nach deutschem Muster ist die Entführung in geschlechtlicher Absicht hierher gezogen (Entw. VI 250—252, VII 241 bis 243). Doch ist der mildere Fall (Entführung einwilligender Minderjähriger) auf über 14 Jahre alte Frauenspersonen eingeschränkt. Die Entführung jüngerer Kinder kann daher nur (qualifizierter) Kinderraub sein. Die Begründung zu Entw. II hebt hervor, daß man einen Widerspruch mit § 188 Z. 2 (= Entw. VI 203, deutsch. StrGB. 176 Z. 3, unzüchtige Handlungen mit Kindern unter 14 Jahren) vermeiden mußte. Damit ist anerkannt, daß die dem Kinde nicht zustehende geschlechtliche Disposition über sich selbst bei dem Frauenraub die Rolle des Angriffsobjektes spiele. Die Konsequenz hätte dann die Verweisung der Entführung unter die Sittlichkeitsdelikte erfordert.

Es folgen wie im deutschen StrGB. Freiheitsberaubung, Nötigung, Bedrohung (Entw. VI 253—255, VII 244—246). Über das gegenseitige

[1]) Weiterhin als Entw. VII bezeichnet.

[2]) Bei Minderjährigen über 14 Jahren mache sich die elterliche Obhut oft wenig geltend; folglich sei es unzweckmäßig, die Entziehung durch List aus jener Obhut als strafbar zu erklären; die Entziehung durch Gewalt oder Drohung falle ohnedies schon unter Menschenraub, Freiheitsentziehung oder Nötigung.

Verhältnis bemerkte die Begründung des Entw. II: der Freiheitsberaubungsparagraph sei der allgemeinste, auf ihn sei zurückzugreifen, wenn keiner der übrigen Anwendung finde. Der Nötigungsparagraph betreffe den Fall, daß jemand nicht im allgemeinen, sondern nur bezüglich einer einzelnen Handlung und zwar durch gewisse Zwangsmittel seiner persönlichen Freiheit beraubt werde; er finde übrigens nur Anwendung, wenn der Zwang kein solcher sei, der durch andere Paragraphen (Erpressung, Notzucht und einige andere Unzuchtsfälle, u. U. Aufstand und Aufruhr) verpönt werde. Ein besonders schwer qualifizierter Fall sei der Menschenraub. In dieser etwas sonderbaren Motivierung scheint sich mithin die Nötigung als privilegierter Unterfall der Freiheitsberaubung darzustellen.[1]) Im einzelnen entspricht der Freiheitsberaubungsparagraph genau dem deutschen, nur daß er a) statt „Einsperren" „Gefangenhalten" sagt; b) für den einfachen Fall auch Geldstrafe kennt; c) bei den Qualifikationen neben die Freiheitsentziehung über eine Woche eine weitere über drei Monate stellt. — Die Nötigung unter die Offizialdelikte zu setzen, hatte Entw. II 246 noch abgelehnt, weil es nicht passend sei, den öffentlichen Ankläger mit einer Menge meist ganz geringfügiger Delikte zu behelligen, während Entw. IV 248 darauf Rücksicht nahm, daß zum Tatbestand auch die Erregung von Furcht gehört und gerade diese den Beschädigten von Antragstellung abhält. Entw. VI 254 nennt noch als Mittel erstens „rechtswidrige Anwendung oder Androhung von Gewalt" und zweitens „Bedrohung mit rechtswidriger Zufügung von Nachteilen", obwohl schon die Bemerkungen zu Entw. V 253, eingedenk der deutschen Kontroversen, eine längere Erörterung der Erforderlichkeit und der Stellung des Wortes „rechtswidrig" vornahmen und sogar seine Ersetzung durch die sehr vage Wendung „sittlich verwerflich" ins Auge faßten. Entw. VII 245 hat das „rechtswidrig" als entbehrlich gestrichen und in Anlehnung an das geltende österreichische Recht das zweite Mittel dahin gefaßt: „Bedrohung mit einer Verletzung an Körper, Freiheit, Ehre oder Vermögen". Im übrigen ist aus dem Zwang zu einer „Leistung" (wie bisher in Österreich) der zu einer „Handlung" (wie in Deutschland) geworden, und die Geldstrafe ist gegenüber Deutschland beträchtlich erhöht (2000 Gulden gegen 600 Mark).

Die Bedrohung ist in Entw. VII 246 genau ebenso gefaßt wie das besprochene zweite Nötigungsmittel, also entsprechend dem geltenden Recht, während Entw. I 253, Entw. II 247 in völliger Nachahmung des deutschen Vorbildes und dessen Inkongruenz nur die Verbrechensandrohung unter Strafe stellten, Entw. IV 249 und die späteren dagegen in kaum noch praktikabler weitester Fassung jede rechtswidrige Zufügung von Nachteilen strafen wollten.

[1]) Oder als das Minus in quantitativer Beziehung — eine abwegige Auffassung, die aber in früheren v. Liszt'schen Formulierungen, in der jetzt von Wachenfeld angenommenen Auffassung und gelegentlich von englischen Richtern vertreten wird, ohne daß jedoch irgendwo eine tiefere Begründung sich vorfindet.

Der Hausfriedensbruch ist, wiederum nach deutschem Muster, immer noch nicht von den „Friedensstörungen und anderen strafbaren Handlungen wider die öffentliche Ordnung“ getrennt (6. Hauptstück). Und in eben dieselbe begrifflicher Begrenzung spottende Gruppe beginnen die Angriffe auf einige Spezialfreiheiten wiederum unterzutauchen, nämlich auf das Versammlungs- und Vereinsrecht (Entw. VI 146, VII 140) und auf die Koalitions- oder vielmehr Arbeits- und Gewerbefreiheit (Entw. VI 147, VII 141).[1]) Bei der Beratung des Entw. V wurde, sicherlich unter dem Einfluß des italienischen Vorgehens, ein eigentümlicher Versuch zum Schutz der Spezialfreiheiten im Anschluß an den Nötigungsparagraphen gemacht. Es wurde als § 253 beantragt: „Wer einen anderen rechtswidrig durch Anwendung oder Androhung von Gewalt oder durch Bedrohung mit Zufügung von Nachteilen an der Ausübung religiöser, nationaler oder politischer Rechte hindert, wird .... bestraft.“ Der Paragraph wurde als überflüssig abgelehnt, da die Handlungsweise unter den allgemeinen Begriff der Nötigung falle.

In den Bestimmungen über Hausfriedensbruch ist der Tatbestand des bisherigen gewaltsamen Einfalls in unbewegliches Gut in nicht sehr geschickter Weise auf zwei Paragraphen verteilt: die Störung des Landfriedens (Entw. VI 143, VII 137), bei der stets eine Zusammenrottung erfordert wird, und die demgegenüber ausdrücklich als subsidiär bezeichnete Störung des Hausfriedens (Entw. VI 144, VII 138), gekennzeichnet durch eine auf Gewalttätigkeiten gerichtete Absicht, aber anders als der deutsche § 124 keine Zusammenrottung erfordernd. Bewaffnung, gemeinschaftliche Begehung, wirkliche Gewalttätigkeit sind Straferschwerungsgründe. Die Angriffsobjekte sind nicht die des österr. § 83, sondern die des deutschen Gesetzes, also auch Dienst- und Geschäftsräume. An diese Fälle schließen sich, für Österreich neu, dem deutschen § 123 entsprechend, als Verletzung des Hausrechts das Eindringen ohne die Absicht, Gewalttätigkeiten zu verüben, und das unbefugte Verweilen trotz Aufforderung (Entw. VI 145, VII 139; Antragsdelikt). Bewaffnung und Gemeinschaftlichkeit sind auch hier erschwerte Fälle. Bei letzterer verlangt Entw. VII, daß die Handlung gemeinschaftlich „auf Grund einer früheren Verabredung“ begangen worden ist.

III. Rußland (Bulgarien).

Das geltende russische StrGB. 1845 bezw. 1866[2]) ist trotz seiner Weitschweifigkeit und dem vielfach hervortretenden, uns fremden nationalen und politischen Grundcharakter, ja den Reminiszenzen an die sog. moskowitische Periode doch stark genug von dem Geist der deutschen Strafrechts-

[1]) Beeinflußt nicht nur von der deutschen Gew.-Ordg. 153, sondern auch von der englischen Conspiracy and Protection of Property Act, 1875, s. 7, wie die Aufnahme der Behinderung in dem berufsmäßigen Gebrauch von Werkzeugen oder Geräten unter die Nötigungsmittel zeigt (schon in Entw. I 1874).

[2]) Über das Verhältnis Foinitzki StrGG. I 278. Hier ist die Ausg. 1845 zit.

wissenschaft und der deutschen partikulären Gesetzgebung beeinflußt, um an dieser Stelle mit behandelt zu werden.[1]) Der Entw. 1885 und das neue, zwar bereits unterm 22. März 1903 Allerhöchst bestätigte, aber bislang noch nicht in Kraft gesetzte StrGB.[2]) nehmen ebenfalls an diesem deutschen Einfluß teil, wenn sie auch nicht mehr so ausgesprochen zur deutschen Kultursphäre gehören. In umfassendster Weise sind alle legislativen Regungen der Neuzeit, wie auf Schritt und Tritt zu merken, in das Blickfeld der Verfasser getreten, und mehrfach haben sie wichtige Gedankengänge in beachtenswerter Weise weitergeführt. Dennoch erscheint mir der Anschluß hier übersichtlicher als die Behandlung in einer eigenen slavischen Gruppe, in der dann auch das von den Entwürfen der 80er Jahre stark abhängige Bulgarien (StrGB. 1896) zu figurieren hätte.

Ich behandle im folgenden den Entw. der Redaktionskommission (Übers. Gretener 1885), Besonderen Teil, Verbrechen gegen die Person, Abschn. V, Angriffe auf die persönliche Freiheit (Art. 37—58), und das StrGB. 1903, Kap. 26: Von verbrecherischen Handlungen gegen die persönliche Freiheit (§§ 498—512) neben einander.

I. Beide behandeln zunächst das Festhalten oder Einsperren eines Menschen, also zwei hervorgehobene Arten des Angriffs auf die Lokomotionsfreiheit und zwar in einem einfachen und in zwei Gruppen geschärfter Fälle[3]), die alle auch im Versuch strafbar sind. Die erste Gruppe betraf in Entw. 38 die Festhaltung von Aszendenten[4]), von Amtspersonen[5]), ferner unter Lebensgefährdung oder Marter. StrGB. 499 Z. 3 fügt hinzu die Festhaltung eines von den Beamten der Schutzwache der geheiligten Person des regierenden Kaisers oder der Mitglieder des kaiserlichen Hauses, sowie einer militärischen Schildwache. Die zweite Gruppe bildet Einsperrung im Irrenhause oder im Bordell.[6])

[1]) Dem französischen C. p. entstammt, aber z. T. auf dem Umweg über Deutschland, bei der Freiheitsberaubung die Scheidung von arrestation und détention, bei den Drohungen die menaces sous condition. Auf Deutschland gehen zurück die vis privata (gewalttätiger Angriff), der Hausfriedensbruch, die große Ausdehnung der Drohungen, der Menschenverkauf. Internationalen Ursprungs sind Negerhandel und -transport. National ist die Schärfung, wenn der Verletzte Aszendent, Herr oder Wohltäter war; die Rücksicht auf konnexe Beleidigung; die Drohung, um zu Widergesetzlichem zu bewegen.

[2]) Eine nach v. Liszt, Lehrbuch 15. Auflage S. 44, erschienene französische Übersetzung war nicht zu erlangen. Ich habe die einschlägigen Stellen daher aus dem Original entnommen und hoffe nichts Wichtiges übersehen zu haben.

[3]) Entw. 37 f. erhöhte die Strafe des einfachen Falles und der 1. geschärften Gruppe bei Dauer über 4 Wochen; Bulg. 288 f. bei Dauer über eine Woche; StrGB. 498—500 erhöht überall die Strafe bei Dauer über 1 Woche. Und zwar springt in 499 und 500 die Strafe von Korrektionshaus nicht über 3 Jahre sogleich auf solches nicht unter 3 Jahren. Korrektionshaus dauert nach Art. 18 Abs. 1 von 1 Jahr 6 Monaten bis zu 6 Jahren.

[4]) Entw. etwas enger als StrGB.

[5]) Bulg. 289, 3° auch durch Amtspersonen.

[6]) Entw. 39 (= Bulg. 290) zählte als Mittel auf: Gewalt an der Person, strafbare Bedrohung, Täuschung, Mißbrauch der Gewalt. StrGB. 500 streicht die Aufzählung, läßt also jedes Mittel genügen.



II. Es folgt (Entw. 40, StrGB. 501) die einheitlich gestaltete und einfach konstruierte Verletzung der Freiheit im Sinne von Rechtspersönlichkeit. Die seit Feuerbach typische, von Binding (Lehrb. I² 107 f., Anm. 3) stark getadelte Mißbildung in der Fassung, die das Versuchsdelikt des Menschenraubes schuf, ist hier verschwunden. Der Entw. bezeichnete die strafbare Handlung noch etwas zweideutig als „Entziehung der Freiheit durch Verkauf oder Übergabe in Sklaverei".[1]) Das StrGB. 501 Z. 1 nennt den Verkauf und die Übergabe selbst als das strafbare Verhalten und setzt neben Sklaverei die allgemeinere Wendung „oder in Unfreiheit". StrGB. 501 Z. 2 fügt ferner[2]) den Handel mit Negern hinzu (warum nicht auch mit Kulis und Kanaken?) sowie jede Teilnahme an diesem Handel und an der Zurichtung oder Ausrüstung eines Schiffes für diesen Handel.

III. Der Entw. behandelte in Art. 41 (Bulg. 292) den Kinderraub durchaus nach deutschem Vorbild, aber beschränkt auf Kinder unter 12 Jahren und mit Gleichstellung der Verhehlung des Kindes; sowie die dem bisherigen russischen Recht[3]) entstammende Kindesvertauschung (Objekt: Kinder unter 7 Jahren). StrGB. 502 setzt überall die Altersgrenze auf 14 Jahre und vermehrt die deutschen Qualifikationsgründe um einen weiteren: die Absicht, das Kind seiner Statusrechte zu berauben. Auch die Antastung des Elternrechts durch Nichtzurückgabe eines eigenmächtig an sich genommenen oder zurückbehaltenen Kindes unter 14 Jahren wird bestraft, wobei das Motiv des Mitleids nach Entw. 43 stark privilegierend, nach StrGB. 503 (Bulgarien 293) sogar strafausschließend wirkt. Das Alter von 14, nicht mehr das von 7 Jahren ist auch für die Anzeigepflicht über ausgesetzte oder verirrte Kinder maßgebend (Entw. 44, Bulg. 294, StrGB. 504).[4]) Trotz der Hervorhebung der geschlechtlichen Absicht reihen Entw. 47 f., StrGB. 505 f. die Entführung von Frauenspersonen unter die Freiheitsdelikte ein.[5])

IV. Der Nötigungsbegriff des Entw. 49, StrGB. 507 enthält insofern eine Einengung[6]), als gefordert wird, daß das erzwungene Verhalten ein

[1]) Bulg. 291: Entziehung der Freiheit und Versetzung in Sklaverei.

[2]) Aus dem bislang geltenden Recht entnommen — Typus der 40er Jahre (Quintupelvertrag 1841).

[3]) Ausg. 1845 Art. 1857. Ausg. 1866 Art. 1407 (nach Gretener). In Bulg. nicht aufgenommen.

[4]) Frist 2 Wochen; verpflichtet ist, bei wem das Kind geblieben; Unterlassung jetzt nur mit Geldstrafe bedroht; französischer, italienischer, niederländischer Einfluß. Entw. 45, 46 schloß hier die Verwendung zu junger Kinder in gewerblichen Beschäftigungen und die Abgabe der Kinder seitens der Eltern zu diesem Zweck oder zum Betteln etc. an. Letzteres auch Bulg. 295.

[5]) StrGB. 505 Abs. 2 allein zeigt keinen sexuellen Charakter, sondern weist in eigentümlicher Mischung einen Angriff auf die Lokomotionsfreiheit und einen solchen auf die Ehre auf. Es straft Entführung einer weiblichen Person zwischen 14 und 21 Jahren ohne ihre Zustimmung in der Absicht, daß durch das Bekanntwerden dieses Vorfalles ihre Ehre geschädigt werde.

[6]) Sie fehlt in Bulg. 298.

Recht oder eine Verbindlichkeit des Genötigten verletzt. Nötigungsmittel sind Gewalt an der Person, strafbare Bedrohung[1]) sowie in StrGB. 507 Mißbrauch der elterlichen, der vormundschaftlichen oder einer anderen Gewalt. Ein privilegierter Fall ist die vermeintliche Verwirklichung eigenen Rechtes, ein qualifizierter (Entw. 50, Bulg. 298 Abs. 2, 299, StrGB. 508) die Nötigung zur Verübung eines schweren Verbrechens oder eines Verbrechens.[2]) Der Grundfall ist hier der auch sonst strafbare Nötigungsversuch; die Verübung der aufgenötigten Straftat oder eines Versuchs derselben ist Qualifizierungsgrund, falls nicht der Nötigende als Teilnehmer an der verübten Straftat ohnehin schwerer strafbar ist. Als qualifizierter Fall gilt auch die Nötigung zum Streik[3]) (Entw. 51, Bulg. 300, StrGB. 509).

V. Während Entw. 52 (= Bulg. 301) den Bedrohten und seine Familienglieder, sofern die Drohung die Befürchtung ihrer Verwirklichung hervorrufen konnte, gegen alle in Aussicht gestellten Verbrechen oder Vergehen gegen die Person oder das Vermögen sichern wollte, schränkt StrGB. 510 den Kreis erheblich ein. Es ist strafbar die Drohung, jemanden des Lebens oder der Freiheit zu berauben, einen gewaltsamen Angriff auf seine Person zu verüben oder eine Brandstiftung, Explosion oder Überschwemmung an seinem Eigentum herbeizuführen. Die Strafe[4]) wird erhöht für schriftliche Drohung[5]) und Drohung gegen Aszendenten, geistliche Amtsdiener, Amtspersonen (StrGB. 510, Teil 2; Entw. 53 wich stärker ab).

VI. Ein besonderer Vorzug des neuen russischen Rechts muß darin erblickt werden, daß auch der Hausfriedensbruch unter die Freiheitsdelikte aufgenommen ist. Es ist somit erstens das angegriffene Rechtsgut als ein privates anerkannt; es ist zweitens aus seiner Verquickung mit dem Landfriedensbruch gelöst, wodurch auch das Rechtsgut des öffentlichen Rechtsfriedens an Präzision gewonnen hat; und es ist drittens das Delikt

---

[1]) Also in dem Umfange von StrGB. 510 unter Beseitigung der Differenz, wie sie im deutschen StrGB. zwischen § 240 und § 241 besteht.

[2]) Nach StrGB. 3 sind „schwere Verbrechen" die mit Tod, Katorga oder Verschickung zur Ansiedelung bedrohten; „Verbrechen" die mit Korrektionshaus, Festung oder Gefängnis bedrohten.

[3]) Strafe: Korrektionshaus, also nicht unter 1½ Jahre; für den Aufhetzer sogar mindestens 3 Jahre! Versuch strafbar. Der Begriff des Streiks geht aus Art. 367 hervor: „Arbeiter in einem Hüttenwerk, Fabrik, Bergbau, in Eisenbahn-, Hafen- und dem ähnlichen Werkstätten oder überhaupt in einem solchen Unternehmen, dessen Betriebseinstellung sich den Interessen der Ortsbevölkerung unangenehm fühlbar machen kann, wenn sie sich schuldig machen der Arbeitseinstellung, im Einverständnis untereinander, mit dem Zweck, den Unternehmer zur Erhöhung des Arbeitslohnes oder zur Abänderung anderer Dienstmietebedingungen noch vor dem Ablauf der Dauer der Dienstmiete zu nötigen, werden wegen dieses Streikes mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft."

[4]) Die aus dem Friedensrichter-Ustaw stammende sehr milde Strafe des Entw. (Arrest bis 1 Monat, Geldpön bis 100 Rubel) ist im StrGB. aufs 3fache erhöht.

[5]) In Bulg. 302 nur mit Brandstiftung oder Tötung.

in ein, näherer Diskussion freilich noch bedürftiges, Verhältnis zu Nötigung und Drohung gesetzt worden und hat auch Beziehungen zu anderen Privatdelikten (Besitzstörung, schwerer Diebstahl) gewinnen können. Eine gewisse Grundlage zu dieser Auffassung war schon in dem bislang geltenden Recht gegeben, namentlich durch die Einschränkung der Mittel des Eindringens. Der Entw. gliederte die Fälle folgendermaßen: (1.) Art. 54 betraf das Eindringen mit Gewalt an der Person oder strafbarer Bedrohung[1]) und hatte zum Objekt Wohnräume oder andere in gemeinsamer Einfriedigung mit ihnen stehende Räume (Anklang an engl. burglary). Erschwerter Fall[2]) war das nächtliche Eindringen entweder mindestens zweier Personen oder einer bewaffneten Person. Die Anwendung von Gewalt an Sachen (Einbruch, Einsteigen und auch Gebrauch falscher Schlüssel) fiel unter Diebstahlsversuch oder Sachbeschädigung.[3]) (2.) Das Eindringen in unbewohnte und in öffentliche Räumlichkeiten wollte Entw. 55 milder ahnden.[4]) (3.) Art. 56 übernahm aus dem deutschen Recht das unbefugte Verweilen trotz Aufforderung des Inhabers, ohne zwischen Wohn- und anderen Räumen zu unterscheiden. Diese Unterscheidung fehlte ebenfalls bei dem letzten mittelbar auf engl. Recht zurückgehenden, direkt dem niederl. entnommenen Delikt des Art. 57: nämlich (4.) in fremden Räumen sich zur Nachtzeit betreten zu lassen.[5])

Das StrGB. 1903 faßt die beiden letzten Fälle in Art. 511, die beiden ersten in Art. 512 zusammen. Art. 511 bezieht sich nur auf Wohnräume, Art. 512 auch auf andere sowie auf eingefriedigte Orte. Ein zweiter Unterschied liegt in dem angewendeten Mittel. Die Strafbarkeit des vorsätzlichen Nichtverlassens trotz Aufforderung des Inhabers (Art. 511 Z. 1) und des vorsätzlichen Verweilens zur Nachtzeit ohne Wissen des Inhabers (Art. 511 Z. 2) setzt voraus, daß der Schuldige „heimlich oder eigenmächtig“ hineingekommen ist. Das Eindringen (Art. 512) erfordert als Mittel Gewalt an der Person oder strafbare Drohung (nach Art. 510) oder Beschädigung oder Beseitigung der Schranken, die den Zutritt zu jenen Räumen hindern.[6]) Erfahrungs-

[1]) Bulg. 303 nennt jede Gewalt sowie List und Gewaltmißbrauch.

[2]) Einfluß (wie in Belgien, Niederlande) der französischen Diebstahlsqualifikationen und z. T. sogar ihrer künstlichen Kombinationsgruppen, C. p. art. 381, 383—385, 386, 1°.

[3]) Anders Bulg. 303.

[4]) Gretener in seinen Erläuterungen zu Art. 55 weist auf die konstante Praxis des Kriminal-Kassations-Departements hin, daß Wirte von öffentlichen Lokalen nicht Gäste eigenmächtig hinausweisen dürfen, sondern stets Polizei brauchen.

[5]) Bulgarien 305 Abs. 2 straft, wer sich versteckt etc., ohne daß der Hausherr es weiß.

[6]) Einfluß des norweg. Entw. 1893. — Straferschwerung in 2 Stufen: 1. zur Nachtzeit; 2. außerdem von 2 oder mehreren Personen (die sich jedoch nicht als verbrecherische Bande organisiert haben) oder von einer bewaffneten Person. — Nach dem Entw. war der Versuch des Eindringens in Wohnräume, nicht aber in öffentliche und unbewohnte (Art. 53, nicht 54) strafbar, nach dem StrGB. ist es der Versuch jedes Eindringens (Art. 512). Die Tatbestände des Sich-nicht-entfernens und des nächtlichen Sich-betreten-lassens sind weder nach Entw. noch StrGB. des Versuches fähig.

mäßig wird Versuch oder Vorbereitung eines Diebstahls (wie bei der englischen Burglary) hinter solcher effracture oder escalade (vgl. franz. Code pén., art. 381 no. 4) oder dem nächtlichen Betretenwerden in fremder Wohnung stecken. Das Hausrecht ist der erste Zaun um das fremde Gut, der niedergelegt werden muß, um zum Diebesziel zu gelangen. Das legt eine Auffassung des Hausfriedensbruches als Gewahrsams- oder Besitzstörung nahe, wie sie nach deutschem Recht von Beling vertreten wird.

---

4. England. Nordamerika.

Im englischen Recht und von seinen Bearbeitern finden wir nirgends eine eigene Gruppe der Freiheitsverbrechen aufgestellt. Die Folge ist die Verzettelung der hergehörigen Straftaten über den ganzen besonderen Teil, der sozusagen in alle Winkel hinein durchsucht werden muß, um ein vollständiges Bild von dem Rechtsschutz zu gewinnen, den die hier zur Erörterung stehenden Rechtsgüter genießen. Denn dieser Rechtsschutz ist, wenn er auch öfters an fast versteckter Stelle und unter befremdlichen Formen gewährt wird, doch im ganzen ein ausgiebiger und starker. Diese Kompliziertheit rechtfertigt die große Ausdehnung der folgenden Darstellung. Eine Einschränkung erschien um so weniger geboten, da nichts für den Theoretiker wie für den Gesetzgeber lehrreicher sein kann, als unter den fast zahllosen Verbrechensvarianten dem einheitlichen Angriffsobjekte nachzuspüren und zu sehen, wie diese Einheitlichkeit sich trotz aller Zerreißungen der Zusammenhänge geltend macht. Die ordnenden Gesichtspunkte, die der wenig synthetisch veranlagte Geist englischer Juristen aufstellt, sind so sehr rein äußerlicher und formaler, bisweilen fast grobsinnlicher[1]) Natur, daß ihre Mangelhaftigkeit auf der Hand liegt. Aber nicht ohne Nutzen wird man die neuen Relationen und Verwandtschaften betrachten, in die uns vertraute Begriffe hineingeraten. Der deutsche Gesetzgeber wird bei seiner Arbeit auch diese Beziehungen nicht ganz außer Beachtung lassen dürfen.

I. Sklavenraub und Sklavenhandel (Slave-trading).[2]) (Peonage. „Kidnapping".)

Im Jahre 1787 hatte sich eine „Gesellschaft für die Unterdrückung des Sklavenhandels" gebildet, und Wilberforce versuchte 1791 und 1798 im Parlament ein Gesetz anzuregen. Doch blieb bis 1806 der Sklavenhandel legal. Erst in diesem Jahre verbot das Gesetz 46 Geo. 3, sess. 2, c. 52 zwischen gewissen Kolonien untereinander und mit fremden Ländern

[1]) Zusammenstellung der Verbrechen auf hoher See, der an Kindern, der an Häusern u. dergl.

[2]) Stephen, Hist. 3, 255—257. Russell [6] 1, 464, ch. XIX; 1, 260, ch. XIII. Harris 38f. Stephen, Digest [6] 117—121. Stephen-Jenks („partly founded on Blackstone") (14. ed., 1903) 4, 183ff. Blackstone (-Christian [15] 1809), vol. IV, ch. 5 III. Schuster 655.

den Sklavenhandel bei Verwirkung des Schiffes und 50 Pfund Geldstrafe für jeden Sklaven. Auch wurden Verträge über Sklavenhandel und Versicherung von Sklavenschiffen unter schwerer Geldstrafe verboten. Eine Erweiterung brachte 47 Geo. 3, sess. 1, c. 36: vom 1. Mai 1807 ab wurde der afrikanische Sklavenhandel überhaupt für ungesetzlich erklärt (abolished, prohibited and declared to be unlawful). 1811 wurde das Delikt als Felony mit 14 Jahren Transportation, das Dienstnehmen und die Versicherung eines Schiffes als Misdemeanour mit 2 Jahren Gefängnis bestraft. Verschiedene Verwaltungsvorschriften ergingen in den nächsten Jahren. Auch wurden Staatsverträge zur Unterdrückung des Sklavenhandels mit Spanien, Portugal und den Niederlanden geschlossen. Durch das Gesetz 5 Geo. 4, c. 113 [1824] wurde das bestehende Recht konsolidiert.[1]) In sehr ausführlicher Aufzählung[2]) jeder Art von Handlung oder Vertrag, die in irgend einer Weise als das Delikt konstituierend oder als Hilfshandlung betrachtet werden kann, unterscheidet das Gesetz drei Gruppen von Fällen. Die schwersten gelten als Piracy, Felony und Robbery: so Wegführen und Entfernen von Personen als Sklaven oder zu dem Zwecke, sie als Sklaven nach irgend einer Insel, Kolonie, einem Territorium oder einem Platz zu verbringen oder zu dem Zwecke, daß sie als Sklaven gebraucht, transportiert, verkauft oder behandelt werden, sowie das Einschiffen, Inempfangnehmen, Festhalten oder Einsperren an Bord von Schiffen zu den gleichen Zwecken. Das Delikt muß innerhalb des Bereichs der Admiralitätsjurisdiktion begangen sein.[3]) Die zweite Gruppe umfaßt eine große Anzahl von Hilfshandlungen[4]), sowie das Dienstnehmen in Sklavenschiffen in den oberen Chargen.[5]) Die dritte Gruppe, Dienstnehmen in den unteren Chargen[6]) ist Misdemeanour (Strafe bis zu 2 Jahren Gefängnis). Während J. F. Stephen und ebenso Harris u. a. das Delikt seinen äußerlichen historischen und örtlichen Beziehungen gemäß (Verbrechen auf hoher See) mit Piraterie zusammenstellen, hat es Russell weit davon getrennt.[7]) An systematischer Erfassung fehlt es vollkommen. — Die Rechtsprechung hat gelegentlich des Falles Zulueta 1843 festgestellt, daß jede dem englischen Könige zur Untertanentreue verbundene

[1]) Einige Ausnahmen wurden durch den Slavery Abolition Act 1833 abgeschafft, die Todesstrafe für die schwersten Fälle 1837 beseitigt; irreführend hierüber Stephen-Jenks [14] 4, 185. Ein neueres Gesetz (1873) läßt die früheren Bestimmungen in Kraft.

[2]) Mit charakteristischer Energie und Indignation der Worte, Stephen, Hist. 3, 256.

[3]) Stephen, Dig. Art. 118, lebensl. Strafknechtschaft.

[4]) Stephen, Digest Art. 117 a. bis k. und Art. 119 gibt das Gesetz dem Inhalt nach wieder „though in a very different shape". Wörtlich zu finden in den Materialien zum deutschen Sklavenraub-G. Drucksachen des Reichstags, 1894/5 Nr. 138.

[5]) Stephen, Digest Art. 120. Es ist Felony, bedroht mit Strafknechtschaft bis zu 14, Gefängnis bis zu 5 Jahren.

[6]) Stephen, Digest Art. 121.

[7]) Das ist auch richtig, denn es steht jetzt auch auf den schwersten Fällen von piratical Slave Trading keine Todesstrafe mehr; cf. oben Anm. 1, Stephen, Dig. Art. 118. Russell bringt den Sklavenraub freilich ebensowenig mit dem Menschenraub zusammen (Kidnapping steht in Bd. 3 unter den Verbrechen gegen die Person).

Person[1]) wegen Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz von 1824 in jedem Teile der Welt haftet.[2])

Die Criminal Code Bill 1878[3]) traf in s. 64—68 Bestimmungen in Anlehnung an das Gesetz von 1824, während der Entwurf 1879[4]) das Delikt nicht besonders behandelt. Der Gegenentwurf 1880[5]), s. 505—507 bedroht den Sklavenhandel, das wissentliche Dienstnehmen auf Sklavenschiffen in ungefährer Anlehnung an Stephen's Digest mit den heute gültigen Strafen und Verwirkung des Schiffes und des Gutes. Außerdem wird wie im Entw. 1878 s. 68 bestimmt, daß diese Delikte Auslieferungsverbrechen nach dem Extradition Act 1870 sind.

Der Entwurf zu einem Bundesstrafgesetzbuch für die Vereinigten Staaten (1901)[6]) behandelt in den s. 228—259 außerordentlich ausführlich in deutlicher Anlehnung an das englische Vorbild den Sklavenhandel und die „Peonage". Dieses aus Mexiko stammende Wort bezeichnet ein durch Schulden herbeigeführtes Abhängigkeitsverhältnis der Arbeiter. Solche tatsächliche Leibeigenschaft wird in s. 257 unter Strafe gestellt. Das Wegfangen oder Wegführen von Personen, um sie in unfreiwillige Knechtschaft zu verkaufen oder als Sklaven zu halten[7]), wird in s. 256 unter den Terminus „Kidnapping"

[1]) „owing allegiance to His Majesty", Stephen, Digest [6] Art. 119 n. 3.

[2]) Der Angeklagte wohnte in London, sein Schiff war an der afrikanischen Küste. „1 Carrington und Kirwan 215". Einzelne, Sklaven betreffende, Handlungen sind gleichwohl straflos geblieben. Russell (6. ed. 1896, 1, 471) führt zum Falle Santos v. Illidge 1860 („8 Common Bench Reports, New Series 861"; Stephen, Dig. Art. 119 n. 3; entschieden vom Court of Exchequer Chamber) aus: Die Statuten verbieten nicht einen Vertrag des britischen Untertanen wegen des Verkaufs von Sklaven, die in einem fremden Lande, wo Besitz und Verkauf von Sklaven gesetzlich erlaubt ist, den Gesetzen gemäß gehalten werden. Die Beklagten, britische Untertanen, deren Wohnung und Aufenthaltsort in Großbritannien war, hatten in ihrem Besitz einige Sklaven in Brasilien, wo das Kaufen und Halten von Sklaven erlaubt war. Mit dem Kläger, einem brasilianischen Untertan, der in Brasilien wohnte, schlossen sie einen Vertrag, diese Sklaven an ihn zu verkaufen, damit er sie dort verwende und beschäftige; und einige Sklaven wurden dann in gewissen Bergwerken beschäftigt, deren Eigentümer die Beklagten waren. Der entscheidende Gerichtshof hielt den Vertrag für gültig (valid).

[3]) Criminal Code (Jndictable Offences) Bill. Ordered to be printed 14 may 1878 [Bill 178] Part III, Off. against public order; chap. IX, against persons on the high seas: s. 59—63 piracy; s. 64—68 slave-trading und serving on a slave-trading ship.

[4]) Der Entw. [Bill 117] wurde vom House of Commons am 3. April 1879, der Entw. [Bill 170] „as amended in committee" am 12. Mai 1879 in Druck gegeben (= Draft Code). An der dem Entw. 1878 entsprechenden Stelle findet sich nur der Seeraub.

[5]) „Criminal Code (No. 2) Bill", eingebracht von Wheelhouse, Spinks und Pim. In Druck gegeben [Bill 47] am 6. Febr. 1880. Hauptsächlich Strafprozeß (vergl. die Reklamebemerkung am Schluß des vorangeschickten Memorandums). Das Strafrecht ist nur als Part III eingeschoben, und chap. XIX umfaßt den ganzen besonderen Teil.

[6]) Penal Code of the United States. Report of the Commission to revise and codify the criminal and penal laws of the U. St.

[7]) Dazu tritt ferner (um einen Begriff von der Weitschweifigkeit dieser Legislation zu geben): „or who entices, persuades or induces any other person to go on board any vessel or to any other place with the intent that he may be made or held as a slave, or sent out of the country to be so made or held; or who in any way knowingly aids in causing any other person to be held, sold or carried away to be held or sold as a slave".

bedroht.[1]) Hervorzuheben ist, daß das bloße Verbringen von Sklaven oder weggefangenen (kidnapped) Personen in die Vereinigten Staaten nach s. 230, 259 bestraft werden soll, wie vorher schon nach U. St. Statutes 1874,c. 464.[2])

Die Bestimmungen entsprechen im ganzen dem geltenden amerikanischen Bundesstrafrecht und kehren daher in dem Strafrecht der einzelnen Staaten, z. B. New-York, Ohio, nicht wieder.[3])

II. Kidnapping.[4]) (Illegal Imprisonment beyond the seas.) Kanakenhandel.

Das Wort Kidnapping hat verschiedene juristische Bedeutungen: a) eine weitere: Menschenraub, d. h. Stehlen und Wegführen oder Verborgenhalten von Personen[5]); b) eine erste engere: gewaltsame Entführung (abduction) oder Stehlen und Wegführen einer Person, die sodann außer Landes verbracht wird[6]); c) in einer anderen Einengung des Begriffs: Kinderraub[7]); endlich wird es d) für das Abfangen von Zeugen und Geschworenen gebraucht.[8])

Als eigenartige Verbrechen kommen hier in Betracht:

1. Kidnapping nach Common law; in den beiden ersten Bedeutungen, im eigentlichen Sinne stets Verbringung aus dem Heimatlande in ein anderes Land. Obwohl namentlich das engere Delikt so schwer ist, daß es zu den Kapitalverbrechen hätte zählen sollen[9]), stand nur Geldstrafe und Gefängnis darauf, sowie bis 1816 Pranger (Pillory).[10])

---

[1]) Von dem unter II. zu behandelnden Delikt weit getrennt. Aber die Wahl des gleichen Ausdrucks, auch die Stellung der Peonage zeigt, daß die systematische Grundidee nicht völlig unbewußt geblieben ist. — Vorbild war hier New York, dessen Kidnapping-Begriff man aber gespalten hat. Der eine Teil steht als s. 256 unter den Sklavereidelikten, der andere als s. 296 unter den Verbrechen gegen die Person. s. 256 kommt in der Fassung dem deutschen „Menschenraub" am nächsten und zeigt dessen zwiespältige Mißkonstruktion.

[2]) Russell 3, 269 n. 1.

[3]) Nur New York (1881) s. 211 No. 1 in fine (Fassung von 1888, Ausg. von Lewis R. Parker, 1904 p. 83) hat, wie erwähnt, das Ergreifen, Einsperren, Verlocken, Wegfangen von Personen mit der Absicht, daß sie als Sklaven verkauft oder in Diensten gehalten (in any way held to service) werden, mit unter den gleich zu erörternden Kidnapping-Begriff gezogen. Im Anschluß daran bedroht s. 214 den Verkauf der Dienste im Staate N. Y. geraubter Personen (vor allem auf Farbige berechnet); s. 215 den Export zu Diensten in einem andern Staate; s. 216 richterliche oder amtliche Akte, die solchen Export fördern (Amtsdelikt, Zivilhaftung).

[4]) Russell 3, 269f.; Harris 62; Stephen, Hist. 3, 257; Stephen, Dig. art. 125; Stephen-Jenks (1903) 4, 78; Blackstone ([15] 1809) 4, 218. Amerika: Wharton (1869) § 1208—11; Bishop I s. 868, II s. 750.

[5]) Stealing and carrying away, or secreting, Russell 3, 269.

[6]) Insbesondere nach Ländern jenseits der See „wodurch sie des freundlichen Beistandes der Gesetze zur Befreiung aus solcher Gefangenschaft beraubt wird".

[7]) Ohio s. 6824. Wharton § 1208. Hierfür der gewöhnliche Ausdruck Childstealing, vergl. III.

[8]) So daß sie ihre Dingpflicht versäumen — eine Art des Contempt of Court, Harris 87, 95, Wertheim 153f.

[9]) Russell 3, 269; Stephen, Hist. 3, 257.

[10]) Es wird mehrfach als eine erschwerte Form des False Imprisonment und als ein highest misdemeanour bezeichnet, Christian Note zu Blackstone 4, 218; Wharton § 1211; Russell 3, 309.

2. Kidnapping nach Statute Law. a) Durch den Habeas Corpus Act s. 12 (31 Car. 2, c. 2) vom 26. Mai 1679 wird das ungesetzliche Gefangenhalten (Imprisonment) britischer Untertanen[1]) in Schottland, Irland und britischen oder anderen Plätzen jenseits der See; ferner das Entwerfen, Unterschreiben, Siegeln, Gegenzeichnen von Haftbefehlen zu solchen Zwecken u. a. m. bedroht mit der Strafe des praemunire und Unfähigkeit, in England und den dazu gehörigen Gebieten ein Vertrauensamt oder besoldetes Amt zu führen. Eine Begnadigung durch den König wird ausdrücklich für unerlaubt erklärt.[2])

b) Der Piracy Act 1700 stellt dem Kidnapping gleich den besonderen Fall der Zurücklassung von Leuten der Schiffsbesatzung im fremden Lande.[3]) Ähnlich der Merchant Shipping Act 1894.[4])

c) 1872 und 1875 sind sog. Kidnapping Acts erlassen, die sich auf die Eingeborenen der Inseln des Stillen Ozeans beziehen und dem sog. Kanakenhandel entgegentreten.[5])

III. Child-stealing (Abduction).[6])

Im gemeinen Recht[7]) ist das Kinderstehlen vom Kidnapping nicht unterschieden.[8])

---

[1]) Die ihren Wohnsitz in England, Wales oder Berwick-upon-Tweed haben. Der Verletzte hat außerdem eine actio wegen false imprisonment mit Anspruch auf dreifache Kosten und Entschädigung nicht unter 500 £.

[2]) Russell 3, 269; Harris 492. Stephen, Dig. art. 125, gibt die Strafe dieses misdemeanour, das als „illegal imprisonment beyond the seas“ bezeichnet wird, dahin wieder: Der Schuldige wird außerhalb des Schutzes des Königs gestellt, sein unbewegliches und bewegliches Vermögen wird konfisziert, und er wird auf Lebenszeit oder nach des Königs Belieben ins Gefängnis gesetzt. — Weitere Bestimmungen des Habeas Corpus Act gehören zu den Amtsverbrechen und sind deshalb nicht an dieser Stelle zu behandeln. Blackstone 3, 135—137; Harris 335, 337; Wertheim 274ff.

[3]) Blackstone 4, 218. — Ein eigentümlicher Fall von Raub bezw. räuberischer Erpressung fand sich in 43 Eliz. c. 13 (1601). Die gewaltsame Entführung von Personen aus den vier nördlichen Grafschaften oder Gefangensetzung daselbst zum Zweck eines Lösegeldes oder einer Ausplünderung war danach Felony, ohne benefit of clergy. Aufgehoben 1827.

[4]) Russell 3, 270f.; Stephen, Dig. art. 434 (2) und (3). Es braucht dies aber kein Freiheitsdelikt zu sein, wie der von Russell mitgeteilte Fall R. v. Dunnett („1 Carrington & Kirwan 425“) zeigt. Zwei Seeleute waren auf ihren Wunsch krank in Bahia zurückgelassen, obgleich sie nicht so krank waren, daß der Arzt ein Attest ausstellte, sie seien transportunfähig und müßten in das Hospital, wie sie wünschten. Der Schiffer wurde wegen Zurücklassens bestraft.

[5]) Stephen, Hist. 3, 257; 2, 58f.; Stephen, Dig. Art. 122. Die fünf aufgeführten Klassen von Handlungen sind als Felony mit dem höchsten secondary punishment, also lebenslänglicher Strafknechtschaft bedroht. Es muß aber zweifelhaft erscheinen, ob die Täter in England abgeurteilt werden können.

[6]) Literatur oben zu II.

[7]) Oben S. 428 Anm. 9, 10.

[8]) Dies führte, worauf Christian, Note zu Blackstone 4, 218, 219 aufmerksam macht, zu der eigentümlichen Konsequenz, daß das Stehlen der Kleider des Kindes als Felony viel schwerer strafbar war als das Misdemeanour des Kinderdiebstahls. — Der Kinderdiebstahl stellt auch ein Zivildelikt dar, gegen das es Selbsthilfe durch gewaltsame Zurücknahme des Kindes gibt (recaption, reprisal; Blackstone 3, 4; Wert-

Erst der OPA.[1]) 1861 s. 56 hat das Delikt des Child-stealing nach Vorbild von 9. Geo. 4. c. 31 (1829) zu einer besonderen Felony erhoben. Es wird bestraft, wer durch Gewalt oder Täuschung ein Kind unter 14 Jahren fortführt oder wegnimmt, anködert oder fortlockt oder entfernt hält mit der Absicht, es einem Elternteil, dem Vormunde oder einer anderen Person, die die gesetzliche Fürsorge oder Obhut hat, zu entziehen. Gleichgestellt wird[2]) die Absicht, etwas an oder von der Person des Kindes zu stehlen. Unbekümmert wirft das engl. Gesetz ein raubähnliches Vermögensdelikt und eine Verletzung der elterlichen Gewalt durch einander. Nur ein äußerlicher Gesichtspunkt — Einwirkung auf ein fremdes Kind — hält beides zusammen.[3])

Eine zweite Art von Kinderraub wird in OPA. s. 55 bedroht: Wegnehmen eines Mädchens unter 16 Jahren aus der Obhut des Vaters, der Mutter oder sonstiger Berechtigten gegen deren Willen.[4]) Es wird dies allgemein als Abduction bezeichnet, gehört aber nicht unter diesen Begriff, weil die sexuelle Absicht für die Abduction charakteristisch, hier aber völlig gleichgültig ist.[5]) Diese uneigentliche Abduction bildet den Übergang zum Frauenraub, der im engl. Recht meist zu den Sittlichkeitsverbrechen neben Notzucht, Schändung, Verführung, Ausnutzung der Willen- oder Hilflosigkeit gestellt wird.[6]) Mehrfach findet sich folgender systematische Aufbau

heim 472). Die Klage wegen Verleitung, seduction des Kindes bezw. Lehrlings (per quod servitium amisit) hat lediglich zivilrechtlichen Charakter. Wertheim 531 und Fall bei Kenny p. 2 über das Verhältnis zwischen crime und tort.

[1]) = Offences against the Person Act, 24 und 25 Vic. c. 100.

[2]) Die von Christian gerügte Inkongruenz der Behandlung des Kinderdiebstahls und des Kleiderdiebstahls ist damit behoben.

[3]) Die Neuerung des Gesetzes gegenüber seinem Vorbilde war die Hinaufrückung des Schutzalters von 10 auf 14 Jahre, Russell 3, 272, sowie die Einbeziehung der unehelichen Mutter. Ein Schuldspruch ist auch möglich, wenn das Kind sich nicht mehr in der Obhut des Angeklagten befindet und kein Beweis darüber vorliegt, wo es ist. Daß Gewalt oder Täuschung (force or fraud) am Kinde selbst ausgeübt sein muß, ist in der Rechtsprechung angenommen, („R. v. Barrett, 15 Cox C. C. 658") erscheint aber kaum haltbar, jedenfalls nicht für das erste Verbrechen in dem Mischtatbestand. Die Hauptfälle des Eingriffes in die elterliche Gewalt (List gegen die Eltern, Einwilligung des in keiner Weise getäuschten verderbten Kindes) wären sonst nicht getroffen. Vergl. Russell 3, 272 n. (j).

[4]) Misdemeanour, Gefängnis bis zu 2 Jahren.

[5]) Ein Irrtum des Täters über das Alter des entführten Mädchens soll im Falle OPA. 55 nach einer Entscheidung R. v. Prince (1875) „L. R., 2 C. C. R. 154" bedeutungslos sein und die mens rea nicht ausschließen. Dagegen entlastet den Täter der entschuldbare Irrtum über das Alter nach der ausdrücklichen Vorschrift des Criminal Law Amendment Act 1885, s. 7 a. E. bei der Entführung eines Mädchens unter 18 Jahren zu Zwecken des geschlechtlichen Verkehrs. Das gleiche wird für s. 5 dieses Gesetzes (Z. 1, Beischlaf mit einem Mädchen zwischen 13 und 16 Jahren, ein der Notzucht, rape, ähnliches Misdemeanour) behauptet, und solcher Widerspruch ungeprüft als Inhalt des engl. Rechts hingestellt. So Wertheim 2, 380 (zu mistake), 471 (zu rape); Stephen-Jenks (1903) 4, 70, 72; Kenny, Cases 21. Vergl. aber dazu die trefflichen Ausführungen des Master of the Rolls Brett als Richter in dem Fall bei Kenny p. 12. Hier allein wird die herrschende engl. Vorsatzlehre konsequent angewendet.

[6]) So vor allem in OPA. s. 48—55: Rape, Abduction und Defilement of Women; s. 53 Abduction of women from motives of lucre, s. 54 forcible abduction of any

angedeutet: Grunddelikt ist der rein formale Begriff des Assault (unter IV); dessen eine Unterart ist das False Imprisonment (Verletzung der Lokomotionsfreiheit), das ansteigen kann zu Kidnapping (qualifiziert durch die Verschleppung)[1]), das wieder als Spezialfälle das Child-stealing und die uneigentliche Abduction[2]) begreift. Tritt qualifizierend die auf Geschlechtsverkehr gerichtete Absicht hinzu, so schlägt das Verbrechen in das Sexualdelikt der eigentlichen Abduction um. Das bisherige Angriffsobjekt hat sich verschoben: die Verletzung des Rechtsgutes der Freiheit und seines Surrogates (der elterlichen Gewalt) spielt nur noch die Rolle eines Mittels. Der entfernteste Zweck ist dabei möglicherweise Habsucht: der Täter will eine reiche Heirat erzwingen.[3])

Der Zusammenhang der Sittlichkeits- und der Freiheitsdelikte tritt auch in dem 1885 geschaffenen Delikt des Festhaltens in einem Bordell[4]) zu Tage, das unten als Fall der Einsperrung berührt werden soll. Außerdem ist die sog. Subsidiarität der Freiheitsdelikte[5]) gegenüber den Sittlichkeitsdelikten auch im engl. Recht anerkannt[6]): Kidnapping und Childstealing kommen nicht zur Anwendung, wenn Abduction oder Defilement of children vorliegen; sie dienen also zur Ergänzung auf dem durch diese letzteren Begriffe noch nicht gedeckten Gebiet.[7])

Zu II. III. Weiterentwickelung. Amerika.

In Crim. Code Bill 1878 und den späteren Entwürfen ist Kidnapping im weiteren Sinne nicht enthalten, wohl aber das Kinderstehlen.[8]) Den gleichen Standpunkt nimmt Ohio s. 6824 ein.[9]) Dagegen hat New York

woman with intent to marry her, s. 55 wie dargelegt. Ferner in Crim. Law Amendm. Act. 1885: s. 3 Verkuppelung unter Drohung, Täuschung, Betäubung; s. 4, 5 Verführung, Beischlaf mit Geisteskranker; s. 7 Entführung s. ob. S. 430 n. 5; s. 8 vergl. unten n. 4. — Blackstone 4, ch. 15 II—III. Stephen-Jenks 4, 70—76, ch. 4 VI—VIII. Russell 3, 253 (abduction and clandestine marriages) Buch 4, V—VII.

[1]) Wharton (1868) §§ 1202 ff.

[2]) Man könnte sie „Girl-stealing“ benennen.

[3]) Dieser Fall, vulgär (Blackstone 4, 208) als «stealing an heiress» bezeichnet, ist der historische Ausgangspunkt des Statutarrechts, 3 Henr. 7, c. 2. 1487, (später 1577, 1597; Stephen-Jenks 4, 70) und auch heute noch (OPA. s. 53) als qualifizierter Frauenraub behandelt; z. T. abw. Wharton § 1207.

[4]) 48 u. 49 Vic. c. 69 = Crim. Law Amendm. Act, s. 8, 10, 12; Stephen-Jenks 4, 72; Schuster p. 655.

[5]) Kraft deren z. B. unser deutscher Nötigungsparagraph viele der verwerflichsten aber vom Gesetzgeber außer acht gelassenen Angriffe auf die geschlechtliche Freiheit und Selbstbestimmung decken muß.

[6]) Stephen-Jenks 4, 78: all these provisions are, of course, additional.

[7]) Und ebenso ist OPA. s. 55 („Girl-stealing“) nur komplementär gegenüber der eigentlichen Abduction, s. 53, 54.

[8]) Entw. 1878, ch. XXIV, Entw. 1879, part XXI behandeln Verbrechen gegen eheliche und gegen elterliche Rechte — an sich systematisch nachahmenswert. Aber die eigentliche Abduction ist auch hierher gezogen und von den Sexualdelikten getrennt. Im übrigen ist OPA. s. 55, 56 Vorbild gewesen.

[9]) Wharton nennt Kidnapping (1) einen erschwerten Fall des false imprisonment mit folgenden Anklagerequisiten: Behauptung eines assault, einer Wegführung

s. 211 den Kinderdiebstahl nicht unter Kidnapping gezogen und führt ihn nicht gesondert auf. Diesem Vorbild ist der Penal Code of the United States, Entw. 1901 s. 296 gefolgt.[1]) In New York und dem Vereinigten-Staaten-Entwurf bezeichnet dagegen Abduction immer nur ein Verbrechen mit geschlechtlichen Absichten und ist von Kidnapping im System getrennt.[2])

---

oder Transportes des Verletzten, und zwar aus seinem Heimatland in ein anderes, rechtswidrig und gegen seinen Willen (§ 1211). Dies ist nur common-law-Delikt. (2) Kinderentführung, hier ist Verbringung in ein fremdes Land nicht nötig, ebensowenig actual force and violence, es genügt „fraud or undue influence, amounting to a coercion of the will". (§ 1209; danach läge eine Beeinträchtigung der freien Entschließung des Kindes vor.) Das Schutzalter beträgt, wie im älteren engl. Recht, noch 10 Jahre.

[1]) N. Y. s. 211 enthält 3 Kidnapping-Verbrechen. Z. 1 zählt auf das Ergreifen, Konfinieren, Verleiten, Wegfangen eines andern, damit er a) heimlich innerhalb des Staates konfiniert oder gefangen gehalten wird [die ungeschickte Fassung läßt nur erkennen, daß es auf eine Freiheitsberaubung von längerer Dauer abgesehen ist]; b) außerhalb des Staates geschickt wird [gegen den in andern Unionsstaaten zu erlangenden Rechtsschutz hat man also ein starkes Mißtrauen]; c) als Sklave verkauft oder zu Diensten angehalten wird; d) gegen seinen Willen festgehalten oder detiniert wird [Verhältnis zu a) unerkennbar]. U. St. Entw., s. 296 Z. 1 folgt diesem musterhaften Vorbild wörtlich; nur ist c) als s. 256 abgetrennt, vergl. S. 428 n. 1. Statt des Staatsgebietes tritt natürlich das Gebiet der territorialen und maritimen Jurisdiktion des Bundes ein (nähere Aufzählung in s. 260 No. 1—5). N. Y. s. 211 Z. 2 entspricht dem engl. Child-stealing; das Schutzalter ist aber auf 16, in U. St. Entw. sogar auf 18 Jahre erhöht. 3 Unterfälle je nach der Absicht: a) das Kind von den Eltern und anderem Inhaber der gesetzlichen Fürsorge und Aufsicht fern bezw. vor ihnen verborgen zu halten; b) Geld oder eine Belohnung für die Rückkehr des Kindes oder die Verfügung über es „zu erpressen oder zu erlangen"; c) einen Gegenstand an oder auf der Person des Kindes zu stehlen. Die Systemlosigkeit übertrifft also noch den § 56 OPA. und ist in U. St. Entw. s. 296 Z. 2 noch gesteigert, indem ein Begünstigungsdelikt (accessory after the fact) hinzugefügt ist: das Herbergen oder Verbergen des so weggeführten, -genommenen oder -gelockten Kindes. Die Z. 3 in N. Y. s. 211, U. St. Entw. s. 296 muß ich bekennen, in ihrer Tragweite und ihrem Verhältnis zu den andern Fällen nur dahin verstehen zu können, daß das räumliche Geltungsgebiet dieser Kidnappingsätze auf den Fall erweitert werden soll, daß nur ein Teil des Handlungskomplexes sich innerhalb dieses Geltungsgebietes zuträgt. Stutzig macht aber, daß größtenteils ganz andere Ausdrücke für die gleichen Handlungen gebraucht sind. Es wird gestraft, wer außerhalb des Staates die Entführung vornimmt und nachher den Entführten „innerhalb des Staates sendet, bringt, hat oder hält oder verursacht, daß er gehalten oder verborgen wird". N. Y. s. 212 läßt für die örtliche Kompetenz außer dem forum der vorgenommenen Tätigkeit auch das des Erfolges zu und außerdem jedes Durchgangsforum beim Transport des Entführten (Transitverbrechen). Nach s. 213 kann der Angeklagte zu seiner Entlastung nachweisen, daß der über 12 J. alte Verletzte, ungezwungen durch Drohungen oder harte Behandlung, eingewilligt habe; s. 214—216, Verkauf der Dienste Farbiger usw. s. oben S. 428 n. 3. — Gegen Kidnapping erster Art bei Wharton ist der äußerste Widerstand des Geraubten gerechtfertigt, Bishop I s. 868; Russell 3, 269 n. 1.

[2]) Vor allem in der reicher durchgeführten Systematik in N. Y. — Tit. IX, Personendelikte, umfaßt Tötungen, Körperverletzung, Kidnapping, Assault, Raub, Duell, Libel; Tit. X, Verbr. gegen die Person und gegen public decency and good morals in ch. I Religionsdelikte, ch. II: rape, abduction, carnal abuse of children, and seduction usw.

IV. Assault. Assault and Battery. False Imprisonment. Aggravated Assaults.[1])

Der Begriff des Assault umfaßt jeden widerrechtlichen Versuch, auch nur die leichteste tatsächliche Gewalt an der Person eines anderen zu verüben. Es fällt darunter die Körperverletzung und ihr Versuch, die Einnahme einer bedrohlichen Haltung, so daß die Anwendung solcher tatsächlichen Gewalt mit vernünftigem Grunde erwartet werden kann, sowie die Freiheitsberaubung. Nach dieser herkömmlichen Begriffsbestimmung sind eine große Reihe von Fällen der Nötigung, der Bedrohung und der Einsperrung in England Assault. Sie werden also ebenso wie Körperverletzung behandelt, indem sie mit dieser zusammen den Oberbegriff der Realinjurie ausmachen.[2]) Tritt eine wirkliche Berührung des Körpers des anderen hinzu, so liegt assault and battery vor. Zivilistisch wird das Delikt aufgefaßt als gegen Leib und Glieder verstoßend. In allen drei Stufen: threats (Drohung) —assault—battery erzeugt es eine action of trespass vi et armis.[3])

Aus der Dogmatik ist hervorzuheben, daß stets die Anwendung, Androhung, Inaussichtstellung, Beabsichtigung von Gewalt erforderlich ist.[4]) Worte allein (mere words) machen das Delikt nicht aus[5]), sie mögen noch so provokant sein; eine bloß wörtliche Drohung fällt niemals hierunter[6]),

[1]) Stephen, History 3, 108—121; Blackstone (-Christian 1809) 4, ch. 15, V—VIII, 3, 118/120, 127, 138; Harris 184—199; Russell 3, 304—320; Kenny, Outlines 151; Gesetz 1861, OPA. s. 17—22, s. 36—47, s. 52; Garrotters Act 1863; Stephen, Digest art. 262—267; Wharton §§ 1241—1287, §§ 1155 ff., 1211; Stephen-Jenks (1903) 4, 81, 68; Schuster 652 f., 655, 657; Wertheim 46 f., 74, auch 22, 25, 195, 269, 465, 541, 565; Kenny, Cases 29, 54, 146, 148, 149, 150, 4, 7, 13, 509, 534, 65, 66 f.

[2]) Die historische Beziehung zwischen dieser und dem insultus (assaltus, assultura) muß ich dem Bearbeiter der Körperverletzungen überlassen. Die engl. Schriftsteller heben als Grundbegriff bisweilen die violentia oder vis hervor, Blackstone, Stephen, Russell. Zusammenhang mit der vis privata ist aber abzulehnen, da Gewalt gegen Sachen nie assault ist. Die überall zu findende Definition: „an attempt and offer, with force and violence, to do a corporal hurt to another“ stammt aus Hawkins, Pleas of the Crown, c. 62, s. 1.

[3]) Blackstone (1809) 3, 118, 120, No. 2, 3. Über die Unterschiede von der Strafklage (persecution, indictment) Kenny 4, 7 (p. 9); Wertheim 541, 565; Russell 3, 315. Letzterer führt zu n. (z.) 2 Entscheidungen an, in denen die Queen's Bench sich geweigert, über einen wegen assault schuldig Befundenen ein Urteil zu fällen, während gegen desselben assault eine Action schwebte. Dagegen Russell. In der Tat ist die Q. B. gegen die Regel, Harris p. 2, 3; denn assault ist bloß ein Misdemeanour. Eine andere Konsequenz aus dieser Natur des assault bei Russell 3, 316 zu (e), betr. mehrere Counts derselben Anklageschrift.

[4]) Russell 3, 304 amer. n. 1, dazu eine New Yorker Entscheidung. N. Y. gibt keine Definition des assault. Es gilt daher insoweit Common Law. Violence must be offered, menaced, or designed.

[5]) Ebenso in Amerika, Wharton §§ 1241 ff. Eine abweichende Entsch. bei Russell 3, 309.

[6]) Hält man streng daran fest, daß eine Verletzungsabsicht notwendig ist, so würde das wissentliche Vorhalten einer nicht geladenen Pistole nicht unter assault fallen. Dem neigt Russell 3, 305 (f) auch zu (doch ist jede Verteidigungshandlung des vermeintlich Bedrohten juristisch gerechtfertigt), vergl. Stephen, Dig. Art. 262, Illustr. 7; Kenny, Outlines 152 f., die für Strafbarkeit sind. Indessen besteht hierüber sehr viel Zweifel. Russell a. O. sagt folgendes: Gegenüber der Gegen-

sondern es muß vom Standpunkt des unbefangenen Zuschauers die sofortige Umsetzung der drohenden Haltung in die Tat zu erwarten sein.

False imprisonment[1]), Einsperrung, wird bald als Unterart mit unter assault gezogen, bald als eigenartiges Unrecht angesehen, da es ein anderes Rechtsgut, die persönliche Freiheit, bedrohe. Zivilrechtlich wird jedenfalls ein eigener Tatbestand aufgestellt. Es wird Detention einer Person verlangt und jede Einschließung (confinement) als imprisonment bezeichnet, gleichgültig ob sie in einem öffentlichen Gefängnis oder in einem privaten Hause oder durch gewaltsame Festhaltung (detaining) auf öffentlicher Straße geschieht.[2])

Die Detention ist widerrechtlich, wenn nicht eine ausreichende Bevollmächtigung vorliegt, herrührend aus einem Verfahren vor dem Gerichtshof oder aus dem Warrant einer Amtsperson, die die Befugnis hat, unter Hand und Siegel eine Überweisung ins Gefängnis anzuordnen, wobei das Warrant den Grund solcher Überweisung ausdrücken muß; oder aus einer sonstigen Spezialsanktion, die sich aus Common Law oder aus einem Parlamentsakt herleitet. Die Beweislast für den Rechtfertigungsgrund liegt beim Angeklagten.[3])

Zweifelhaft war folgender Fall[4]): Kläger versuchte eine bestimmte Richtung einzuschlagen, und wurde daran gehindert, in irgend einer Richtung

meinung in einem älteren Falle steht jetzt fest: wenn jemand einem anderen eine Pistole vorhält mit der Vorgabe, es sei eine geladene Pistole, und zwar so nahe, daß sie beim Losgehen Lebensgefahr verursachen würde, so ist das juristisch assault, auch wenn tatsächlich die Pistole ungeladen war. Der Richter Parke im Falle „R. v. St. George, 9 Carrington and Payne 483“, 1840 erklärte: „Meine Meinung ist: es ist assault, eine Pistole vorzuhalten, ob geladen oder nicht. Doch wenn jemand das Pulver von der Pfanne würfe oder das Perkussionshütchen abnähme und dem anderen sagte „dies ist eine leere Pistole“ — dann würde es kein assault sein; denn dann müßte der andere sehen, daß es nicht möglich ist, ihn zu verletzen. Wenn aber der Täter eine Pistole vorhält, die den Anschein hat, geladen zu sein, und den anderen in Furcht und Bestürzung (fear and alarm) versetzt, dann ist das die Handlung, die das Gesetz unterdrücken will.“ — In einer Zivilklage dagegen, wo zwar erwiesen wurde, daß der Beklagte den Hahn einer Pistole gespannt, sie nach dem Kopf des Klägers gerichtet und gesagt hatte, wenn er nicht ruhig wäre, bliese er ihm das Gehirn aus, wo aber kein Beweis dafür vorlag, daß die Pistole geladen war, entschied der Richter Chief Baron Lord Abinger, wenn die Pistole nicht geladen, sei es kein assault gewesen. „Blake v. Barnard, 9 Carrington and Payne 626“. Weitere Entscheidungen bei Russell a. O. Für Amerika stimmt Bishop II s. 32 der Entsch. R. v. St. George bei, und seinen Gründen schließen sich auch die gegenwärtigen Herausgeber von Russell, Horace Smith und Percival Keep an. Die Möglichkeit der Ausführung muß nahe sein, es wird present ability nach vielfach auch in amerikanischen Gesetzen sich findendem Ausdrucke verlangt.

[1]) Russell 3, 307, 309 ff.; Stephen, Digest Art. 262 (c); Kenny, Outlines 152 f.; Schuster 655; Wertheim 36 f., 362. Auch „illegal imprisonment“ genannt.

[2]) So nach Coke 2 Inst. 289. Die Klage wird ebenfalls als action of trespass vi et armis bezeichnet, und es pflegen vindictive and exemplary damages d. h. Genugtuung über die Schadenhöhe hinaus verhängt zu werden, wobei das Plus also pönalen Charakters ist. Blackstone ([15] 1809) 3, 118, 127 sub. II f., 138; Pollock, Torts [5] 1897 p. 182, zit. nach Wertheim 195.

[3]) Harris 198; Blackstone 3, 127; 4, 218; Russell 3, 309.

[4]) Bird v. Jones „7 Queens Bench 742“. Russell 3, 309, n. (k).

weiterzugehen, außer einer einzigen, die nicht diejenige war, in der er vorwärts gehen wollte. Die Mehrheit des Gerichtes nahm kein imprisonment an, und Richter Coleridge betonte besonders, daß jedes Gefängnis eine Begrenzung[1]) haben müsse, so daß es einer Art prison-breach bedürfe, um herauszukommen. Interessant ist auch die Ausführung des Richters Patteson: Wenn jemand einen andern nötigt (compels), gegen seinen Willen an einem bestimmten Platz zu bleiben, so sperrt (imprisons) er ihn ebenso gut ein, als wenn er ihn in ein Zimmer einschlösse (locked up). Es ist nicht nötig, daß sein Körper dabei berührt wird. Die Nötigung eines anderen, in einer bestimmten Richtung zu gehn, kann unter Umständen bis zu imprisonment ansteigen. Imprisonment ist eine totale Freiheitsentziehung (total restraint of the person), für wie kurze Zeit es auch sein mag, und nicht eine partielle Beschränkung (partial obstruction of his will) seiner Willensbetätigung.[2]) Als imprisonment wurde auch aufgefaßt in dem Falle Hunter v. Johnson (1884) „13 Q.B.D. 225" „53 Law Journal (Magistrate Cases) 182" die Einsperrung eines Schulkindes durch den Schulmeister, weil es seine häuslichen Aufgaben nicht angefertigt hatte.[3]) Es fehlte hier an einer Berechtigung, weil die Erziehungsgesetze die Stellung von Hausarbeiten für Elementarschulen nicht gestattet haben. Dieser Fall zeigt, was auch sonst vielfach angenommen wird, aber bestritten ist, daß nicht jedes Imprisonment notwendig ein Battery in sich schließt.[4])

Als erschwerte Formen des Imprisonment könnte man versucht sein, 1. die Einsperrung einer weiblichen Person in einem Bordell; 2. die Einsperrung eines Gesunden in einem Irrenhaus aufzufassen.[5]) Das erstere fällt unter den Criminal Law Amendment Act (1885), s. 8; das zweite unter den Lunacy Act (1890), s. 315. Beides fällt aus unserem Rahmen heraus. Die Einsperrung im Bordell mit Nebenformen[6]) gehört zu den Sittlichkeits-

---

[1]) „A prison may have its boundary large or narrow, visible and tangible, or, though real, still in the conception only; it may itself be movable or fixed; but a boundary it must have; and that boundary the party imprisoned must be prevented from passing."

[2]) In dem Falle konnte vielleicht common assault vorliegen; aber die Klage war darauf nicht gerichtet. Es konnte auch Teilnahme an einem Verbrechen gegeben sein, etwa bei Abdrängung eines Hilfsbereiten. War es Abdrängung eines Arbeitswilligen von der Werkstätte, so traf das Spezialgesetz von 1875 (unten S. 442) zu. Aber sonstige Nötigung ist im allgemeinen in Engl. nicht strafbar. Um so wichtiger wird die Differenzierung gegen Imprisonment (Freiheitsberaubung). Auf den ersten Blick frappiert die Ähnlichkeit mit früheren v. Lisztschen Formulierungen, oben S. 418 Anm. Aber der Gegensatz basiert nicht auf dem „total" — „partial", sondern auf dem „restraint of the person" — „obstruction of his will". In dem einen Fall ist die Lokomotionsfreiheit, in dem anderen die Freiheit der Willensbetätigung und der Entschließung das Angriffsobjekt.

[3]) Harris 184f.; Russell a. a. O.

[4]) Russell 3, 310; Wharton § 1245. False imprisonment ist also notwendig assault, aber nicht gerade assault and battery.

[5]) So in der Tat Schuster p. 655.

[6]) Vorenthaltung von Kleidern, Drohung mit Klage wegen etwaiger Mitnahme von Kleidern. Vergl. s. 10 Abs. 3.

verbrechen.[1]) Der weite Tatbestand des zweiten Vergehens, der lediglich dem Entstehen einer möglicherweise die Freiheit eines Geistesgesunden gefährdenden Situation vorbeugen will, weist den Charakter des Polizeideliktes auf. Es ist eine Zuwiderhandlung gegen die polizeilichen und namentlich die gewerblichen Vorsichtsvorschriften des Gesetzes[2]). und die Strafe ist keine höhere, als die des common assault.

Die technisch in England als aggravated assault bezeichneten Fälle können sich natürlich auch als Freiheitsverbrechen darstellen. Indessen ist meistens entweder die Person des Angegriffenen[3]) oder die Absicht des Angreifers[4]) oder der Erfolg[5]) entscheidend für eine andere systematische Einreihung. Einen allgemeiner gehaltenen Tatbestand hat nur der Assault with felonious intent.[6]) Hieraus läßt sich ein allgemein beachtlicher Gesichtspunkt gewinnen: bei Freiheitsberaubung und Nötigung, die nur als Mittel zur Verübung eines andern Verbrechens begangen werden, ist diese Absicht als Straferschwerungsgrund aufzufassen — vorausgesetzt natürlich, daß die Freiheitsverletzung nicht so wie so in dem Vollendungs- oder Versuchstatbestand des andern Verbrechens verschwindet.

Der engl. Entw. 1878 lehnte sich in der Definition[7]) des Assault und der Anreihung erschwerter Fälle[8]) ziemlich eng an Stephens Digest an, schenkte also auch der Freiheitsberaubung[9]) eine besondere Erwähnung. In den anderen Entw. ist letzteres verschwunden, wiewohl sie ebenfalls den

[1]) Die Absicht geht auf Herstellung des Geschlechtsverkehrs mit einem bestimmten Manne oder mit Männern überhaupt oder auf Fortsetzung solchen Verkehrs. Das Bordell (brothel) ist nur ein besonders pointierter Fall.

[2]) s. 315 (1) bestraft, wer außer den Fällen dieses Gesetzes einen Geisteskranken oder angeblichen Geisteskranken in eine Irrenanstalt aufnimmt oder dort festhält, gegen Bezahlung zu bewachen übernimmt oder in Kost und Logis nimmt, oder in einem nicht konzessionierten Hause festhält. s. 315 (3) bedroht den, der überhaupt in einem Hause (wenn es nicht eine Irrenanstalt oder ein Arbeitshaus ist) zwei oder mehr Geisteskranke aufnimmt oder festhält.

[3]) Constable, Peace Officer, verhaftender Beamter und Hilfspersonen, Beamter eines Arbeitshauses, Clergyman, Seaman.

[4]) Intent to rob (Vermögensdelikt); to ravish, to commit sodomy, sowie indecent assault (Sittl.-Verbr.); Ver- oder Behinderung jemandes, bei einem Schiffbruch sein eigenes oder ein fremdes Leben zu retten (OPA. 17; Tötungsdelikt bezw. Lebensgefährdung; Behandlung der Kausalfrage eigentümlich; vergl. bei uns Franks negative Bedingungen, Komment. 1903 S. 17); Verhinderung einer Verhaftung (gegen die Staatsgewalt). Ohio s. 6821 behandelt als erschw. Fall auch assault with intent to kill.

[5]) Körperverletzung. Stephen, Dig. [6] art. 256 behandelt die Verursachung von actual bodily harm als assault, während er im übrigen der malicious infliction of bodily injuries zwei besondere Kapitel widmet.

[6]) In OPA. 38 zusammengeworfen mit zwei völlig anders gearteten Fällen: Ass. gegen einen peace officer, und Ass. zur Verhinderung einer gesetzmäßigen Festnahme.

[7]) Stephen, Dig. Art. 262 zählt als Formen des Ass. auf (a) die versuchte Gewaltanwendung; (b) die Drohgebärde; (c) die Freiheitsberaubung. Der Entw. 1878 s. 161 stellt voran als (a) die wirkliche Gewaltanwendung an der Person oder ihren auf dem Leibe getragenen Kleidern; im übrigen wie Stephen.

[8]) Entw. s. 162: in sodomitischer Absicht (Stephen art. 263); Entw. s. 163: mit 2 Jahren Gefängnis strafbare Fälle (Stephen art. 267).

[9]) Entw. s. 161 (d) „the act of unlawfully and voluntarily depriving another of his liberty."

Begriff bestimmen[1]) und nicht, wie z. B. New York, als bekannt voraussetzen. In die tätliche Drohung des Entw. 1879 (Draft Code) ist dabei aus amerikanischen Rechten das Moment der „present ability" eingedrungen; doch genügt schon die objektiv gerechtfertigte Annahme.[2])

Die Bestimmungen des Ver. Staaten-Entw. 1901 sind außer durch New York stark durch Ohio beeinflußt. New York verteilt die Assaultfälle auf drei Grade[3]); der folgende ist je den vorhergehenden gegenüber für subsidiär anwendbar erklärt. Ohio[4]) behandelt zusammen Assault[5]) — imminente Drohgebärde[6]) — Schlagen — Verwunden. Daneben steht eine besondere Bestimmung[7]) gegen das Zielen mit Feuerwaffen, oder das Abschießen solcher, oder die dadurch (vielleicht lediglich kasuell) zugefügte Verletzung.[8]) Das Zielen, Richten, Abschießen muß zwar vorsätzlich, aber ohne boshafte Absicht (without malice)[9]) geschehen. Hiermit ist einerseits die früher angeführte Kontroverse über Drohung mit ungeladener Pistole erledigt, andererseits einer im Yankeelande üblichen Unsitte radikal entgegengetreten.[10])

Der Ver. St.-Entw. 1901 lehnt sich in den Graden des Assault — ohne sie als solche zu bezeichnen — und in der ausdrücklichen Subsidiarität der niedrigeren Grade an New York[11]), in der Aufnahme des Schießdeliktes[12]) und in der Pseudodefinition des common assault[13]) an Ohio an. Abweichend

[1]) Entw. 1879 s. 203. Gegen-Entw. 1880 s. 557: (a) Gewaltanwendung und Versuche dazu an Person oder Kleidern; (b) Drohgebärde.

[2]) Draft Code s. 203: Gewaltandrohung durch „act or gesture", „if the person making the threat has, or causes the other to believe upon reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose". — Die erschwerten Fälle sind hier s. 204 indecent assault, s. 205 on peace officers and to resist apprehension.

[3]) s. 217 = U. St. Entw. s. 281; s. 218, abgeändert 1882 = U. St. Entw. s. 282 und 283; s. 219 enthält ohne Definition und folglich auch ohne Erwähnung der Freiheitsberaubung als 3. Grad den common assault.

[4]) s. 6823, Wilson p. 44. Überschrift: Assault and battery, and menacing threats. Ergänzungsparagraph zur (versuchten) Tötung, Entsch. Mitchell v. State, „42 Ohio St. 383".

[5]) Dies muß das sonst nicht genannte false imprisonment mit umfassen. — Unter assault kann nur Vorbereitung zum Zuschlagen (act done toward the commission of a battery, so Fox v. State „34 Ohio St. 377"; Wilson p. 44), nicht aber das Schlagen, Stoßen, Stechen, Treffen selbst verstanden werden; sonst wäre das Verhältnis von s. 6820 zu s. 6821 unverständlich. Wichtig für die Auslegung des U. St.-Entw. s. 286, der Ohio nachfolgt.

[6]) Whoever . . . threatens another, in a menacing manner — unübersetzbar.

[7]) s. 6822 mit niedrigerer Geld-, aber höherer Freiheitsstrafe. Diese Diskrepanz ist im Ver. St.-Entw. noch gesteigert. — Aggraviert ist s. 6821 die Absicht zu töten, Notzucht oder Raub zu begehen.

[8]) Nicht aber Tötung.

[9]) Tritt der Tod des Bedrohten ein, so liegt folglich Manslaughter vor, nicht aber dieses Schießdelikt. Williamson v. State „2 Crown Cases Reserved 294", Wilson p. 43.

[10]) Die eben zit. Entsch. spricht von „the foolish and reprehensible custom so common in our country of pointing a firearm at an other in jest, or under the belief, that is was not loaded, by which so many persons are killed and injured".

[11]) s. 281—283, s. 286.

[12]) s. 284.

[13]) s. 286.

von beiden trennt er aber nach dem Vorbilde von Arkansas[1]) das false imprisonment ab; es wird an systematisch relativ besserer Stelle hinter abduction und kidnapping[2]) eingereiht. Die Definition[3]) scheidet 2 Formen: Einschließung (confinement) und Festhaltung (detention).

V. Threats. Threatening Letters.[4]) Intimidation. (Molestation.) (Undue Influence.)

Unter den Assaultbegriff fallen nur Drohgebärden und auch von diesen nur eine bestimmte Klasse. Es bleiben ungedeckt: a) alle Drohgebärden, die etwas anderes in Aussicht stellen als eine körperliche Einwirkung[5]); b) alle Drohgebärden, die eine unmittelbare Umsetzung in tatsächlichen Vollzug nicht erwarten lassen; c) die rein mündliche Drohung; d) die schriftliche.

In einem weiten Kreise bleibt also das angebliche Rechtsgut des persönlichen Sicherheitsgefühls ungeschützt. Aus diesem Kreise erheben sich nun einzelne Drohungen zu Verbrechen, die unter eigene und zum Teil unter sehr schwere Strafen gestellt sind. Als Verletzung des öffentlichen Friedens, ja ursprünglich als treason[6]), wurde das Absenden von Drohbriefen, auch ohne Geldverlangen, aufgefaßt, falls gedroht wird mit Tötung oder Brandstiftung. Noch 1722 und 1753 steht Todesstrafe darauf[7]) und Blackstone[8]) stellt es in sein Kap. IX zu den Verbrechen gegen public peace.[9]) Heute nach den Konsolidationsgesetzen von 1861, die Vorbildern von 1824 und 1847 folgen[10]), steht Strafknechtschaft bis zu 10 Jahren[11]) auf zweierlei schriftlichen Drohungen: a) OPA. 16 mit Tötung oder Mord; b) MDA. 50 mit Inbrandsetzung oder Zerstörung von Häusern, anderen Gebäuden, gewissen Vorräten landwirtschaftlicher Produkte sowie Schiffen, und mit

[1]) Marginale zu s. 297 f.

[2]) Zwischen diesen beiden steht aber s. 294 Kinderaussetzung, s. 295 Libel! Die Zusammenstellung von Kidn. und f. impr. wie bei Bishop II s. 746—756.

[3]) Unlawful violation of the personal liberty of another = Lokomotionsfreiheit.

[4]) Blackstone 4, 143; Stephen Hist. 3, 149; Russell 3, 346—351, 700—724 (App. B.), auch 2, 78, 87, 96, 113, 979 (Add.); Stephen-Jenks 4, 65, 112 f., 224; Harris 100 f.; Schuster 658; Stephen, Dig. art. 255, 303, 340, 421, 443; Bishop II s. 1200 f.

[5]) Anders der zivilrechtliche Begriff. Die Drohungen werden hier betrachtet als Vorstufe zu Assault i. e. S. und als wrong gegen body and limbs; auch rein wörtliche Drohungen scheinen hierunter zu fallen, sofern nur der rechtliche Erfolg einer Unbequemlichkeit für den Verletzten, eine Behinderung in der freien Betätigung nicht fehlt (a man's business interrupted). Blackstone (15, 1809) 3, 120. Wertheim 530 (Behinderung, seinen Geschäften nachzugehen). Die action for trespass vi et armis geht auf (exemplary oder vindictive) damages. Wertheim 196, und dort zit. Pollock, Torts[5] 1897 p. 182.

[6]) 8 Henr. V c. 6 = 1420.

[7]) 3. Stephen, Hist. 3, 149.

[8]) 4, 143 (15 1809).

[9]) Ebenso Harris 100, der freilich als Angriffsobjekt auch die security des Opfers bezeichnet. Auch heute gilt es als breach of the peace, soweit dieser Begriff juristisch relevant ist, z. B. bei Verhaftung (Wertheim 97).

[10]) Russell 3, 348 n. (i).

[11]) Bei männlichen Jugendlichen auch whipping.

Tötung, Verstümmelung, Verwundung von Vieh. Strafbar ist, wer die Schreiben absendet, abliefert, von sich gibt (utter) oder direkt oder indirekt in Kenntnis des Inhaltes verursacht, daß der Adressat sie in Empfang nimmt. Diese Drohungen erscheinen als eine entfernteste Stufe der Haupttat selbst. Es wird daher die eine im Tötungsgesetze, die andere in dem über böswillige Schädigung behandelt. Es scheint gewissermaßen durch Manifestation des Tötungswillens das Leben schon entfernt gefährdet. Systematisch wird in vielen Handbüchern daher die Drohung zu den Tötungsdelikten usw. gestellt.[1])

Dem Standpunkt, daß die Manifestation des verbrecherischen Willens genüge, und daß nicht das Sicherheitsgefühl eines bestimmten anderen oder überhaupt jemandes gestört zu sein brauche, entspricht, daß 1861 in Abänderung der früheren Gesetze hinter „utter" die Worte „to any other person" gestrichen sind, um keine Schwierigkeiten zu haben in Fällen, wo z. B. jemand einen Brief in den Garten eines von mehreren Personen bewohnten Hauses fallen läßt. Hier ist jetzt ganz gleichgültig, ob der Brief einen bestimmten Adressaten hatte, ob er dem Bedrohten oder einem anderen zugeschickt wurde. (Russell 3, 347 f.)[2])

Die Drohung muß im Sinne des englischen Rechtes stets eine solche sein, daß auch von einem firm and prudent man nicht zu erwarten ist, daß er ihr Stand halten werde. Sonst hat sie rechtlich überhaupt keine Bedeutung, und es knüpfen sich keine Straffolgen an sie.[3])

[1]) Stephen-Jenks ([14] 1903) 4, 65 ordnet: murder, attempt to murder, threatening to murder, conspiracy to murder. Stephen, Digest [6] Art. 254: attempt to murder; 255: threats and conspiracy to murder; Art. 419, 420: arson, injuries to ships or cattle; Art. 421: threats to burn etc.; Art. 422 f.: malicious mischief. Nur Russell 3, 346—351 behandelt als letztes Kap. der Verbrechen gegen die Person sämtliche Drohungen und Drohbriefe, also auch die Erpressung usw. Er hebt also den gegen das freiheitsähnliche Rechtsgut gerichteten, gemeinsamen Zug als das Zusammenhaltende hervor. Schuster 658 faßt das Absenden der Drohbriefe als Unterfall der Bedrohung in unserem Sinne auf, rangiert aber S. 637 die Kundgebung der Absicht, den Souverän und gewisse Mitglieder des Herrscherhauses zu töten, durch Verbreitung geschriebener oder gedruckter Äußerungen unter die entfernteren Vorbereitungsstadien zum Hochverrat. „Mere words" genügen auch hier nicht. Diese Rechtsansicht bildete sich im Anschluß an zwei krasse Fälle unter Eduard IV (1461—1483) und an Pines Case 1628: es wird ein „overt act" verlangt. Aber Niederschreiben genügt: scribere est agere — diese Anschauung führte 1683 zur Hinrichtung des berühmten Politikers Algernon Sidney. Treason Act 1351; Treason-Felony Act, 11 Vic. c. 12 (1848). Blackstone 4, 79—81; Harris 41, 42; Stephen-Jenks 4, 142, 144; Stephen, Digest [6] Art. 53. Nach dem Treason Act 1842 (5 u. 6 Vic. c. 51 s. 1 u. 2) steht das bloße Hervorholen einer Waffe in der Nähe der Person des Königs in der Absicht, den König zu erschrecken (alarm), also die bloße Vorbereitungshandlung zu einer Drohung unter einer Strafe bis zu 7 Jahren Strafknechtschaft und dreimal whipping! Stephen-Jenks 4, 153; Stephen, Dig. Art. 69 (b); Harris 46 f.

[2]) Russell 3, 348 Note (i), 349 Note (k) empfiehlt daher prozessual dringend, in jedes indictment einen besonderen Absatz (count) zu setzen, der — ohne Angabe, wem gegenüber das geschehen sei — besagt, daß der Angeklagte den Brief von sich gab (uttered).

[3]) Auch nicht, wenn sie geäußert wurde, um Geld zu erpressen, und sogar, wenn sie diesen Erfolg hatte. So Lord Oberrichter Ellenborough 1805 in der Sache „R. v. Southerton, 6 East's Reports 126" betr. Fryars' Balsam, Russell 3, 346. Auch der Erpressungsbegriff also ist hierdurch eingeschränkt.

In bedeutend weiterem Umfange wollte der Draft Code[1]) strafen und strafen manche amerikanische Staaten; so sieht Vermont jede Drohung mit great bodily harm als Bruch des öffentlichen Friedens und Schwurgerichtsdelikt an. Doch ist dies schon wieder ein Zurücklenken und Einlenken in den Assaultbegriff; denn die Drohung muß begleitet sein von Handlungen, die einen festen Entschluß der Ausführung zeigen — also auch hier gilt die Drohung als fernes Vorstadium, diesmal des Assaults. Die Absicht muß darauf gehen, den Bedrohten in Furcht zu setzen; sie muß auch diesen Erfolg haben und geeignet sein, ihn bei jeder Person von gewöhnlicher Festigkeit zu haben.[2]) Vollends vollzogen wird das Aufgehn in den Assault von Ohio s. 6823[3]), das dem assault gleichstellt jedes Drohen „in a menacing manner". Es ist also auch hier wieder die Attitude verpönt, und das bedeutet Einschränkung auf den Assaultbegriff.[4])

Die eigentliche Doktrin der Drohung, oder noch allgemeiner des putting in fear, wird im engl. Recht an Verbrechen erörtert, die nicht in das Gebiet der Freiheitsdelikte fallen[5]), nämlich bei extortion, erpresserischem libel (Drohung mit verleumderischer Anklage, insonderheit wegen unnatürlicher Verbrechen) sowie bei robbery und räuberischem Anfall.[6]) Hier gibt der gewinnsüchtige, pekuniäre Zweck dem Verbrechensbegriff eine andere Angriffsrichtung, es sind Vermögensdelikte. Der Larceny Act 1861 behandelt in s. 44 (W) Drohbriefe mit Geldverlangen, in s. 45 Geldverlangen unter Drohungen oder Gewalt in diebischer Absicht, s. 46 (W) Briefe zu Erpressungszwecken mit der Drohung einer Anklage wegen schwerer, insbesondere geschlechtlicher Verbrechen, s. 47 (W) desgleichen eine solche An-

[1]) Im Entw. 1878 sind die Drohungen verteilt (s. 142, 274, 218f.); die intimidation s. 164 ist Nötigung. Der Draft Code hat ein Schlußkapitel Threats, conspiracies, attempts etc. to commit offences. Die Drohung ist hier also in den allgemeinen Teil geraten — die extremste Durchführung der Auffassung als Vorbereitungsstadium. Neben die Morddrohung s. 415 tritt die mit grievous bodily harm. Beide sowie die Branddrohung s. 416 sind mit 14 Jahren und Whipping bedroht. Es folgen 2 allgemeinere §§ gegen threatening acts — doch wieder nach 2 besonderen Richtungen spezialisiert: a) in Annäherung an burglary bezw. housebreaking, b) in Anklang an den Pistolenassault und das amer. Schießdelikt. s. 418 (einfacher Fall) bedroht den, der mit der Absicht der Einschüchterung oder Beunruhigung (to intimidate or annoy) a) ein Wohnhaus erbricht oder beschädigt oder damit droht; b) durch das Abfeuern von Feuerwaffen oder sonst, eine Person in einem Wohnhaus ängstigt (alarms) oder zu ängstigen versucht. s. 417 (erschwerter Fall): das gleiche Delikt bei Nacht.

[2]) Wharton s. 1246.

[3]) Wilson [3] 1890 p. 44. Diesem Vorbild ist der U. St.-Entw. 1901 gefolgt, oben S. 437 Anm. 13.

[4]) Die engl. Gesetze über Mord- und Brandbriefe gelten in Amerika nicht, Bishop II s. 1200, sind aber mehrfach nachgeahmt, so in New York s. 559, wo jede briefliche Drohung mit Verletzung von Person oder Eigentum verpönt ist, und das Amendment von 1891 so weit geht, sogar die Absendung von Schriftstücken in der Absicht „to cause annoyance to any person" zu bestrafen. Daneben steht die aus dem gemeinen Recht stammende Extortion, ein echtes Vermögensdelikt, s. 552f., auch in den Abarten der Abdringung einer Urkunde s. 555 und der Chantage (Blackmail) s. 558 bedroht.

[5]) Russell 2, 78, 87, 96 Note (**), 113 und Add. zu 2, 979.

[6]) Assault with intent to rob, Stephen, Dig. Art. 339.

klage oder Drohung mit solcher Anklage zu Erpressungszwecken, s. 48 Nötigung durch Gewalt oder Zwang oder Drohung damit oder durch besagte Anklage oder Drohung damit zur Ausstellung, Abänderung oder Zerstörung von Wertpapieren in betrügerischer oder Schädigungsabsicht.[1])

Auch noch in anderen Formen kommt die Einschüchterung, Beängstigung und ungehörige Beeinflussung oder Nötigung im englischen Rechte vor (intimidation, molestation, undue influence, coercion).[2]) Stets aber steht als Richtung gebend ein eigenartiger Zweck im Hintergrunde, der Zweck, ein anderes besonderes Rechtsgut zu schützen.[3]) Den weitesten Umfang hat dem Einschüchterungsbegriff gegeben der Conspiracy and Protection of Pro-

---

[1]) In den mit (W) bezeichneten Fällen ist bei männlichen, jugendlichen Angeklagten whipping zulässig; cf. Stephen Dig. [6] Art. 340, wo nur (a) (III) nicht hingehört. Wertheim 248, 530; Stephen-Jenks 4, 109, 112, 113; 4, 84: Libel Act 1843 bezw. 1845: Veröffentlichung einer Schmähschrift oder Drohung damit oder Anerbieten, die Veröffentlichung zu unterlassen oder zu verhindern in der Absicht, Geld oder eine Anstellung oder ein Amt zu erpressen; 4, 245: Erpressung im Amte. Schuster 641, 654, 663; Stephen, Dig. [6] Art. 303 (cf. 291—294), Art. 124. Das Bedrohen durch bills of menace mit Zerstörung von Leben oder Eigentum des Adressaten in der Absicht, Geld zu erpressen, war nach common law ein high misdemeanour, Russell 3, 346. Die Gelderpressung durch briefliche Drohung, wegen eines (entehrenden) Verbrechens anzuklagen, war zuerst im Waltham Black Act 1722 von der robbery unterschieden, Stephen, History 3, 113. Wörtliche Drohung mit Anklage wegen eines unnatürlichen Verbrechens sowie tatsächliche Gelderpressung hierdurch wurde noch 1776 in einem berühmten Falle „R. v. Jones, 1 Leach 339“ als robbery aufgefaßt. Diese Entscheidung ist wohl durch die Konsolidationsgesetzgebung praktisch überholt worden. Stephen, Hist. 3, 149; Russell 3, 347—350.

[2]) Vergl. auch die annoyance in Draft Code s. 417, 418 und in New York s. 559 (1891), ob. S. 440 Anm. 4.

[3]) So I. die Einschüchterung von Zeugen oder Parteien oder Geschworenen. Hier ist das staatliche Interesse an der Unabhängigkeit und Integrität der Rechtspflege das wahre Angriffsobjekt, Stephen-Jenks 4, 224; Schuster 643. Die Handlungen verhindern ein fair trial, Harris 87. Sie können z. T. im common law unter den Begriff contempt of court fallen, Wertheim 153; gelegentlich werden alle diese Ungehörigkeiten als high misprisions and contempts bezeichnet, Harris 87. Hierher gehört auch die Bedrohung des Gegners oder des Gegenanwalts wegen der Klageerhebung oder der Prozeßtätigkeit im Interesse des Gegners. In einem Falle wurde der Anwalt des Klägers verurteilt, weil er an den Anwalt des Beklagten, der auf das Zeugnis seines Sohnes ein günstiges Verdict erhalten hatte, einen Brief mit der Drohung schrieb, den Sohn wegen perjury anzuklagen, falls der Gegner vom Verdict Gebrauch mache, Russell 3, 346. Mit einigen Spezialfällen beschäftigt sich der Witnesses Protection Act 1892; Stephen, Dig. [6] art. 158; Russell 3, 346; Schuster 643; Stephen-Jenks 4, 224. — II. Die unbefugte Beeinflussung bei Wahlen stellt sich als Eingriff in eine Spezialfreiheit politischen Charakters dar, häufig auch als Amtsverbrechen, Stephen-Jenks 2, 408, 410—412; Schuster 644. Technisch wird das Delikt als undue influence bezeichnet, so Stephen, Dig. art. 141 (cf. art. 407). Das geht zurück auf den ursprünglich nur temporär erlassenen, später (z. B. Expiring Laws Continuance Act 1892) immer wieder ausgedehnten Corrupt Practices Prevention Act 1854, desgl. 1863. Dort (s. 5) ist u. a. bedroht Drohung mit Körperverletzung und alle Einschüchterungspraktiken auch wegen der vorgenommenen Wahlausübung (on account of his having voted). Spätere Gesetze 1883, 1895. — III. Ein echtes Delikt gegen den öffentlichen Frieden nach common law, der affray, Tumult, erfordert als Begriffsmerkmale (a) eine Schlägerei, (b) an einem öffentlichen Ort, (c) daß dadurch die Untertanen des Königs erschreckt werden (to the terror of H. M. subjects). Dieser

perty Act 1875.[1]) Als Fortsetzung der mit dem Trade Union Act 1871[2]) eingeschlagenen Richtung beseitigte er die Strafbarkeit jeder „Verschwörung“, wie ein Zusammenschluß zur Erlangung günstigerer Arbeitsbedingungen bis dahin aufgefaßt wurde.[3]) Aber der hiermit stabilierten Koalitionsfreiheit mußte andrerseits die Arbeitsfreiheit als ein ebenfalls zu schützendes Rechtsgut gegenübergestellt werden. Demgemäß bestraft s. 7 jeden mit Geldstrafe bis zu 20 Pfund oder Gefängnis bis zu 3 Monaten, der — in der Absicht, einen anderen zur Unterlassung oder Vornahme einer Handlung zu nötigen (compel), zu deren Vornahme oder Unterlassung er ein gesetzliches Recht hat — unrechtmäßig und ohne gesetzliche Ermächtigung gegen eine solche Person, deren Frau oder Kinder (I.) Gewalt braucht oder sie einschüchtert[4]) oder ihr Eigentum beschädigt; oder (II.) ihr von Ort zu Ort beharrlich folgt; oder (III.) irgendwelche Werkzeuge, Kleider oder andere Sachen, die ihr gehören oder die sie in Gebrauch hat, versteckt oder sie des Gebrauchs derselben beraubt oder darin hindert; oder (IV.) das Haus oder die sonstige Wohnung oder Arbeits- oder Werkstätte oder den zufälligen Aufenthaltsort einer solchen Person oder den Zugang dazu bewacht oder belagert; oder (V.) mit zwei oder mehreren anderen einer solchen Person in Ordnung störender Weise auf der Straße oder einem Wege oder durch solche folgt.[5])

Trotz der sehr allgemeinen Fassung handelt es sich in diesem Gesetz nicht um den Schutz der Handlungsfreiheit überhaupt, sondern nur um den der Arbeitsfreiheit[6]), also um eine Spezialfreiheit, gerade wie in § 153 der deutschen GewO. Demnach fällt die nähere Erörterung nicht in den Rahmen unseres engeren Themas. Aber es ist im Entw. 1878 der Versuch gemacht worden, die Formulierung, die ja von unbegrenzter Weite ist, einem allgemeinen Nötigungsparagraphen nach deutschem Muster zu Grunde zu legen.

letzte Zug hat dem Delikt den Namen (= effroi) gegeben. Bloße Drohworte fallen nicht darunter. Jeder Private hat ein Einschreitensrecht, Stephen, Dig. art. 74; Russell 1, 390; Harris 99; Stephen-Jenks 4, 172; Schuster 640; Wertheim 22. — IV. Schutz der Arbeitsfreiheit, s. ob. Text.

[1]) 38 und 39 Vic. c. 86.

[2]) Stephen, Hist. 3, 192f., 202ff., 219ff.

[3]) Ebenso noch in New York s. 168, 5°, das als „Arbeiterknebelungsgesetz“ bezeichnet wurde. (Castendyk S. 4 der Übers. in Beilage zu Zeitschr. f. ges. StrR.-Wissensch. Bd. 4.)

[4]) Über die zweifelhafte Bedeutung von intimidation, das nach dem Trade Union Act 1871 auf solche Drohung mit persönlicher Gewalt, die eine Verhängung von Friedensbürgschaft rechtfertigte, beschränkt geblieben war, vergl. Stephen, Dig. (6) p. 393 N. 2; Harris 118 Note (a).

[5]) (II) wird als molestation bezeichnet, unter (IV) und (V) muß das Streikpostenstellen (picketing) fallen, wenn es strafbar sein soll. Stephen, Dig. art. 443 (d); Russell 1, 547, 3, 351; Harris 117f.; Stephen-Jenks 4, 238f.; Schuster 655; Wertheim 530, 4), 537.

[6]) Das geht aus dem Schlußparagraphen s. 16 deutlich hervor, der die Anwendung aller Bestimmungen dieses Gesetzes auf Seeleute ausschließt. Stephen, Dig. stellt es daher in ein Chap. 50 „Offences connected with trade and breach of contract“ und speziell in art. 443 zusammen mit „Criminal breaches of contract of service“. Harris reiht es unter die „Offences against public trade“.

Es wurde als s. 164 systematisch richtig eingeordnet unter chapter 22: assault and intimidation.[1]) Dieser Ansatz zur Vertiefung und zum Fortschritt ist indes im Entw. 1879 (Draft Code)[2]) verschwunden und kehrt auch in Stephens Digest nicht wieder.[3]) Dagegen findet sich eine Nachbildung jenes Versuchs und des englischen Act von 1875 s. 7 [aber ohne (IV.) und (V.)] in New-York s. 653[4]), wo das Delikt unter die böswillige Eigentumsbeschädigung gestellt ist.[5])

VI. Burglary. Housebreaking. (Approximations to burglary.)[6])

Dem Schutz des Hausrechts dient im engl. Recht vor allem die Aufstellung des burglary-Begriffes, der nur gegenüber dem bei uns und auch sonst vielfach auf dem Kontinent gängigen Begriff bedeutend durch das Merkmal eingeengt ist, daß die Absicht des Hausbrechers auf Begehung eines Verbrechens i. e. S. (felony) gerichtet sein muß. Daß die Felony ein Vermögensdelikt sein müsse, wird nicht erfordert, und so ist die gewöhnliche Einreihung unter die Straftaten gegen das Eigentum[7]) dem Begriff nicht kongruent. Blackstone bezeichnet denn auch korrekt die habitation als das geschützte Rechtsgut, während Schuster 670 die an sich schon wenig glückliche Kategorie der durch das Mittel des Angriffs gekennzeichneten Vergehungen um ein neues Glied bereichern möchte. Dem ist als durchschlagend entgegenzuhalten, daß der Gebrauch des Mittels hier stets schon die vollendete Verletzung eines ganz bestimmten Rechtsgutes darstellt.

Die engl. Auffassung sieht die Hausrechtsverletzung an sich nur als Zivildelikt an[8]); sie wird zum Verbrechen nur durch die verbrecherische Gesinnung des Täters, die sich gegen den öffentlichen Frieden kehrt, dessen

---

[1]) Und zwar mit der prozessualen Maßnahme, daß der Beschuldigte, wenn er dieser „Indictable Offences Bill" unterfallen sollte, erst eine summarische Aburteilung nach der Conspiracy etc. Act (1875) abgelehnt haben müßte.

[2]) Dafür hat dieser den Versuch gemacht, das Recht der Drohungen zu konzentrieren und zu verbessern. S. oben S. 440 Anm. 1.

[3]) Wohl aber fand sich im Gegenentw. 1880 s. 684 ein ganz allg. Nötigungsparagraph (unlawful coercion), wobei statt des Strafmaximums von 3 Monaten (im Act 1875) ein solches von 2 Jahren gesetzt war.

[4]) Amendment von 1882.

[5]) Kap. XIV. Malicious mischief and other injuries to property — auch eine Art Verlegenheitsrubrik, unter die z. B. auch unbefugte Brieferöffnung gebracht ist. — Die Vorbereitungshandlung der „Verschwörung" zur Nötigung, s. 168, 5°, ist dagegen unter die Verbrechen gegen die öffentliche Rechtspflege gestellt. Sie richtet sich keineswegs bloß gegen Mißbräuche der Koalitionsfreiheit.

[6]) Blackstone 4, 222—228; Stephen, Hist. 1, 56f., 3, 150; Pollock and Maitland, History of english law before the times of Edward I, Cambridge 1895, II 451f., 491; Russell 2, 1—75; Harris 259—268; Kenny 178; Stephen-Jenks, 4, 91ff., 97ff.; Schuster 670; LA. (= Larceny Act 1861) s. 51—59; Stephen, Dig. art. 341 bis 346; Wharton II s. 1531—1604.

[7]) Stephen, Russell, Harris, Kenny, Wharton; Gesetze: LA., New Y., U. St.-Entw.

[8]) Fehlt felonious intent, so liegt nur trespass quare clausum fregit vor; Harris 263; Wertheim 541, 102.

Bruch eben historisch und begriffsmäßig eine Felony ist. Daher ist, da wir das angegriffene Rechtsgut als ein solches des Einzelnen ansehen, hier unter den Freiheitsdelikten der einzig passende Platz für die systematische Einreihung. Der dogmatische und der historische Kern des Begriffs ist die Beeinträchtigung des Hausrechtes, der Freiheit, Sicherheit und Ruhe, die man hinter seinen wohl verschlossenen vier Wänden genießt. Die durch die Tradition geheiligte Definition Cokes[1]): „Brechen und Eintreten in die Wohnung oder das Wohnhaus eines anderen während der Nachtzeit mit der Absicht, darin eine Felony zu begehen" — mag den Sinn des 16. und späterer Jahrhunderte treffen, es ist aber nicht der ursprüngliche. Die Wurzel des Begriffs ist zu suchen in den altgermanischen Verbrechen: hámsócn, hámfare und húsbryce, bei denen allen die Verletzung eines höheren Sonderfriedens[2]) das Wesentliche ist, z. B. Verfolgung in ein anderes Haus bei Ausübung der Fehde. Und zwar genügt, daß gegen Tür oder Wand geschossen, geworfen oder geschlagen wird — der erste Beginn des Angriffes ist somit ausreichend.[3]) Der bloßen invasio domus steht wohl als schwerere Form die infractura domus (= húsbryce[4]) gegenüber.[5]) Hiermit stimmt die Definition, die Britton I 42 (kurz nach 1290) gibt: „wer feloniously in Zeiten des Friedens in Kirchen und in die Mauern oder Tore einer Stadt oder in das Haus eines anderen bricht". Die Nachtzeit ist nicht hervorgehoben. Aber der Gedanke, ein nächtliches Verbrechen

[1]) 3 Inst. 63, zuerst 1628 erschienen; Harris 259: „Breaking and entering of the dwelling or mansion-house of another in the night time with intent to commit a felony therein."

[2]) Das Verbrechen gehört in Canuts Zeit (1016—1035) zu denjenigen Straftaten, die später als Pleas of the Crown bezeichnet werden; Pollock u. Maitland 2, 451. Sie sind Bruch des königlichen Sonderfriedens — „breach of the Kings special peace, his grid or mund"; Pollock u. Maitland 2, 452. Unter den 3 forfeitures throughout England, die König Edward nach dem Domesday Book hat, figuriert auch hámfare. Es entspricht dem auch, daß in mehreren germanischen Rechten die Heimsuchung ein Straferschwerungsgrund ist, zumal für Verwundung, Raub, Sachbeschädigung, Totschlag, Brunner II 652.

[3]) Pollock u. Maitland 2, 491; vergl. His, Strafr. der Friesen im MA., S. 352 ff.; Brunner II 652 nennt es symbolische Handlungen, Zeichen der Kriegserklärung.

[4]) Sie wird bei Canut als „bootless" bezeichnet d. h. also, sie ist nicht durch Zahlung der compositio abzumachen, sondern fällt stets unter öffentliche Strafe; sie ist unsühnbare Missetat; Brunner II 653 N. 23, der wohl zu weitgehend destructio domus verlangt. Stephen, Hist. 1, 56. Die grundlegende Stelle der Leges Henrici primi 80, 10, 11 lautet: Hamsocna, quod domus invasionem latine sonat, fit pluribus modis. Hamsocna est, si quis alium in sua vel alterius domo cum haraido assailiaverit vel persequatur, ut portam vel domum sagittet vel lapidet vel colpum — Stephen setzt in Klammer hinzu „? culpam"!! — ostensibilem undecunque faciat. Hamsocna est vel hame fare, si quis praemeditate ad domum eat, ubi suum hostem esse scit, et ibi eum invadat; in die vel nocte hoc faciat. Et qui aliquem in molinum vel ovile fugientem prosequatur, hamsocna adjudicatur. Si in curia vel domo seditione orta bellum eciam subsequatur et quivis alium fugientem in aliam domum infuget, si ibi duo tecta sunt, hamsocna reputatur. Infiht vel insocna est, quod ab ipsis, qui in domo sunt contubernales, agitur.

[5]) Hámfare ist dann wohl der Angriff cum haraido — die heriraita des bayerischen Rechts im Gegensatz zur heimzuht. Nach bayerischem Recht gehörten 42 Schilde dazu, Brunner II 651; in England nach Ines Gesetzen (688—727) mehr als 35.

schwerer zu bestrafen, lag altgermanischer Anschauung nicht fern.[1]) Später ist die Begehung bei Nacht das Wesentliche für „burglaria“, ohne daß für die Genesis eine genaue Rechenschaft gegeben werden kann.[2]) Und so ist es bis heute geblieben.[3]) Das Gegenstück dazu bei Tage heißt in der heutigen Rechtssprache housebreaking. Eine nähere Beziehung zum Diebstahl oder Raub hat für burglary nur de facto bestanden; aber natürlich war auch schon in älterer Zeit das Einbrechen, um zu stehlen, der zahlenmäßig häufigste Fall.[4]) Ursprünglich ist die burglary clergyable. Das ist 1576 abgeschafft und 1692 auf alle Teilnehmer ausgedehnt. Noch 1827 war Todesstrafe angedroht, und wurde 1837 noch für einige Erschwerungen beibehalten. Erst seit 1861 tritt in allen Fällen nur secondary punishment ein. Das verwandte Verbrechen des housebreaking ist zum Gegenstand einer überschwänglichen Zahl kleinlicher Unterscheidungen gemacht, deren Natur und Geschichte der Mühe einer Untersuchung nach Stephen nicht wert sind.[5])

Das heutige Recht ist enthalten im Larceny Act s. 50—59, woselbst aber der Hauptfall der burglary nicht definiert, sondern nur seine Strafe bestimmt ist (s. 52). I. Es wird unterschieden[6]): a) sacrilege = Einbrechen und Eintreten in eine Kirche und dergl. plus nachfolgender Begehung einer felony darin[7]) (Maximum: lebenslänglich). b) burglary = Brechen und Eintreten in ein Wohnhaus oder Teile[8]) desselben bei Nacht, in der Ab-

[1]) Vergl. auch Bracton fol. 144b (ca. 1256—1259), der von hamsokne in enger Verbindung mit dem fur nocturnus spricht. Pollock u. Maitland 2, 492 Anm. 2; Brunner II 646. Gerade nach sächsischem Recht ist nächtlicher Diebstahl schon bei geringerem Werte todeswürdig. In den Assizae Henr. II (1154—1189) wenden die appellors auf die in ihrem Hause begangene robbery den Terminus hámsócn an; desgl. kommt er in den presentments für die jurors vor und wahrscheinlich ist stets ein nächtliches Verbrechen gemeint. Dazu kommen zwei eigentümliche Fälle aus der Zeit Edwards I. (1272—1307), die Coke erwähnt; sie sprechen von Begehung inter canem et lupum. Pollock fügt hinzu, daß er die gleiche Ausdrucksweise in einer ungedruckten Urkunde gefunden, und verweist auf Du Cange s. v. canis, wonach entre chien et loup eine Stunde sein soll, wo man den Wolf vom Hunde nicht unterscheiden kann.

[2]) Pollock u. Maitland 2, 492. Nach Russell 2, 2 müßte das Zeitmoment schon vor 1551 aufgekommen sein.

[3]) Die Nachtzeit wurde bald danach bemessen, Stephen, Hist. 3, 150, ob es in dem Zwielicht schon hell genug war, um das Gesicht eines Menschen zu erkennen, bald rein rechnungsmäßig wie heute, seit 1837 von 9—6 Uhr. Davis, Ausg. der Consol.-Gesetze, London 1861, Anm. zu Larc. A. s. 52.

[4]) Mit diesem faktischen Verhältnisse beschäftigt sich schon Britton, indem er den Hungernden von der Strafe der burglary entschuldigt, der in ein fremdes Haus tritt, um Lebensmittel unter 12 pence zu stehlen. Dazu die oben erwähnten Stellen aus Bracton und Assiz. Henr. II, vergl. auch die Stellen der Volksrechte bei Brunner II 646.

[5]) Hist. 3, 150.

[6]) Am besten wiederzugeben nach Stephen, Dig. [6] Art. 342—346.

[7]) Früher, cf. Russell 2, 54, wurde stets Diebstahlsabsicht verlangt (Gesetze von 1532, 1547, 1827, 1829).

[8]) s. 53. Stephen, Dig. Art. 341, (4) d. h. in derselben Umhegung (curtilage) und mit dem Wohnhaus entweder unmittelbar kommunizierend oder durch einen bedeckten und geschlossenen Gang verbunden.

sicht, eine felony zu begehen (Maximum: lebenslänglich). c) housebreaking = Brechen und Eintreten in die folgenden Baulichkeiten plus nachfolgender Begehung einer felony darin (Maximum: 14 Jahre Strafknechtschaft): α) Wohnhaus; β) Schulhaus, Laden, Warenlager; γ) Gebäude in gleicher Umhegung mit dem Wohnhaus, aber nicht Teile desselben.[1]) — II. Ein etwas weniger schweres Verbrechen (Maximum: 7 Jahre) ist a) das Brechen und Eintreten in die genannten Baulichkeiten mit der Absicht, eine felony zu begehen; b) das Eintreten in ein Wohnhaus bei Nacht in gleicher Absicht.

Die Reihenfolge in I: Brechen plus Begehung der felony ist umkehrbar[2]): Begehung einer felony im Gebäude plus Ausbruch aus dem Gebäude ist ebenfalls sacrilege, burglary oder housebreaking.[3]) Beim Wohnhaus genügt bereits (s. 51, Fall I) Eintreten mit der Absicht, eine felony zu begehen, plus nachfolgendes Ausbrechen. Auch der Versuch aller genannten Verbrechen ist strafbar.[4]) Dazu kommen endlich folgende Vorbereitungshandlungen, die Kenny als „approximations to burglary" bezeichnet (s. 58, 59; Stephen Dig. art. 346). Es ist strafbar (Maximum: 5, im Rückfall 10 Jahre): wer bei Nacht gefunden wird α) bewaffnet mit gefährlichen Instrumenten mit der Absicht, in ein Wohnhaus oder ein anderes Gebäude zu brechen oder einzutreten und darin eine felony zu begehen; β) im Besitz von Schlüsseln, Dietrichen, Brechstangen oder anderen Einbruchswerkzeugen, ohne gesetzmäßige Entschuldigung (die Beweislast für die lawful excuse hat der Angeklagte); γ) mit geschwärztem Gesicht oder verkleidet mit der Absicht, eine felony zu begehen; δ) in einem Wohnhaus oder anderen Gebäude mit der Absicht, eine felony darin zu begehen.

Die Dogmatik der burglary weist reichhaltiges Detail auf. „Breaking" wird sehr weit interpretiert: man unterscheidet wirkliches und konstruktives. Der Schutz des Hausrechts ist daher ein recht energischer. „Brechen" liegt nicht vor, wo ein offen gefundenes Fenster oder Loch benutzt wird.[5])

---

[1]) Hierzu Russell 2, 57 (b). Die Sicherheit der Wohnung war die bestimmende Rücksicht. Älteres Recht drohte Todesstrafe. Jetzt seit 1861 ist neu in dem Begriff die starke Annäherung an burglary durch Gleichstellung des breaking out und durch die Erweiterung auf jede felony sowie die Hereinziehung von β.

[2]) Russell 2, 7. Dies wurde früher bezweifelt und Hale 1, 554 entschied sich gegen burglary. Die Gesetzgebung griff daher ein, zuerst 1713 (12 Anne, stat. 1, c. 7 s. 3), dann 1827 und 1829, schließlich die L. A. 1861. — Das Statut von 1713 ist zu jung, um überall in Amerika common law zu sein. Aber es fällt doch erheblich für die common-law-Auffassung ins Gewicht. Daher ist auch im allgemeinen in Amerika der Ausbruch ebenfalls burglary; jedoch nicht in allen Staaten, z. B. Georgia, Bishop II s. 100.

[3]) Entsprechend New Y. s. 498, 2°.

[4]) Russell 2, 75 (b) führt folgenden Fall eines Versuchs des Verbrechens aus s. 57 an. Jemand hatte ein großes Loch in das Dach eines Ladens gemacht und war angeklagt wegen Brechens und Eintretens in einen Laden mit der Absicht, eine felony zu begehen. Es wurde nicht erwiesen, daß er irgendwie in den Laden eingetreten, und es erfolgte Verurteilung wegen attempt.

[5]) Coke 3 Inst. 64; Russell 2, 2; Wharton s. 1532; Wertheim 102; Harris 262 ad (b) und (f). Auch das weitere Aufschieben des offenen Fensters genügt nicht, R. v. Smith 1827; Kenny, Cases 168. Dagegen soll nach einer vereinzelten Entsch. 1893 Eintreten durch eine swing door genügen, Stephen, Dig.[6] p. 283 N. 1.

Demgemäß wurde bei Hale 1, 552 bezweifelt, ob das Herunterkriechen durch den Schornstein hierher fiele. Es ist jedoch seitdem konstant bejaht worden.[1]) Das breaking kann auch innerhalb des Hauses stattfinden.[2]) Wenn A nachts durch die offene Außentür oder ein Fenster hereinkommt und im Innern den Schlüssel einer Stubentür umdreht, den Riegel zurückschiebt, ja bloß sie aufklinkt[3]), mit der Absicht zu stehlen, so ist das burglary; desgleichen, wenn eine im Hause wohnende Dienstperson nachts die Stubentür des Herrn oder der Herrin öffnet und in der Absicht, zu morden oder eine Notzucht zu begehen oder dergl., hereinkommt. Ähnlich steht es mit Personen, die in einem Hotel wohnen.

Konstruktives breaking (by construction of law)[4]) geschieht durch Drohung, List (fraud, trick, artifice, evasion) oder Verschwörung (conspiracy, collusion, z. B. mit dem Dienstpersonal).[5])

Der Begriff des Eintretens (entry) wird ganz anders als bei unserem Hausfriedensbruch aufgefaßt. Es genügt das geringste Hineingelangen mit irgend einem Körperteil, mit einem Fuß, mit der Hand, ja nur mit einem Finger[6]), ebenso mit einem Instrument oder einer Waffe, das Hineinstecken eines Hakens, einer Pistole (um zu töten), auch wenn die Hand draußen bleibt.[7])

---

[1]) Mit der Begründung, das Haus sei soweit geschlossen, als es die Natur der Dinge erlaube, Wharton s. 1544. Anders in einem Fall, wo jemand durch eine runde Öffnung in einem Kellerfenster hindurchgekrochen war; der Richter Bozanquet führte aus: „Der Schornstein ist eine notwendige Öffnung in jedem Haus, die des Schutzes bedarf. Wenn es aber jemandem beliebt, Löcher in der Wand oder dem Dach seines Hauses zu lassen, statt geschlossener Fenster, so muß er die Folgen tragen.“ R. v. Spriggs „1 Moody u. Robinson 357“; Russell 2, 3. Dagegen war breaking das Aufstoßen einer von oben aus einer Mühle führenden, für das Heruntergleiten des Mehles bestimmten Klapptür, die durch ihr eigenes Gewicht geschlossen gehalten wurde. „Browns Case“; Russell 2, 4 Note (t); Harris 262 ad (c).

[2]) Der Doktrin bez. offener Tür, Schornstein, Innentür entspricht New York s. 499, 2°, 4°.

[3]) Wharton s. 1536; Russell 2, 6, der Hale, Hawkins, East zitiert; Harris 262 (a); Kenny, Cases 167 (moving a closed window), 166 (inner door)

[4]) Blackstone 4, 226; Russell 2, 8f.; Harris 262; Wharton s. 1539f.; Kenny, Cases 169. Beispiele: Vorwand, man wolle ein Zimmer mieten; man wolle jemanden sprechen. Ein Schutzmann wird zur Haussuchung veranlaßt; es wird ihm ein gefälschter Haftbefehl vorgezeigt. Es wird hue and cry erhoben usw.

[5]) Hat aber der Dienstbote, indem er nach Abrede die Tür offen läßt, die Absicht, den Dieb festzunehmen, so liegt burglary überhaupt nicht vor; denn the door is lawfully open.

[6]) R. v. Davis; „Russell and Ryan 499“; Kenny, Cases 172. Ein Kind hatte die Fensterscheibe eines Uhrmacherladens mit dem Finger eingestoßen und wurde dafür 1823 zum Tode verurteilt. Der Doktrin entspricht New York s. 501.

[7]) Russell 2, 10f.; Wharton s. 1549ff. Es lag daher burglary vor, wo jemand durch ein vorgefundenes Loch im Glase der Tür seine Hand durchgesteckt und den Verschluß geöffnet hatte. Indessen ist gerade dieser Fall vielfach bezweifelt worden. Das hineingelangte Instrument muß jedoch nicht bloß hineingesteckt werden, um den Eintritt zu ermöglichen, sondern um die geplante weitere felony zu begehen. Eindringen der Spitze eines Zentrumsbohrers genügt nicht, Wharton s. 1551; R. v. Hughes 1785, Kenny, Cases 173. Ähnlich beim Ansetzen der schon ins Innere reichenden Brechstange, R. v. Rust u. Ford (Richter Patteson), 1828; Kenny, Cases 174; Stephen, Dig. art. 341, Illustration. — Ebenso New York s. 501.



Der Vorsatz (intent) darf sich nicht nur auf trespass (bezw. misdemeanour) richten. Eindringen, um jemanden zu schlagen, ist also nicht burglary, desgl. nicht die Absicht, ein Pferd zu verwunden.[1])

Im Verhältnis zu dem beabsichtigten Hauptdelikt ist burglary nicht bloße Vorbereitungshandlung. Zwar ist es nötig, in der Anklage (indictment) genau die felony festzustellen, die tatsächlich beabsichtigt wurde, und sie entsprechend zu beweisen. Es können aber in der gleichen Anklage verschiedene Absichten zur Last gelegt werden. Es ist möglich, wenn ein Absatz (count) den Angeklagten des intent to steal, ein zweiter des intent to murder bezichtigt, daß ein Generaldelikt auf schuldig ergeht, also ohne Unterscheidung, welchen von beiden Absätzen die Geschworenen für wirklich zutreffend erachten.[2])

Im Zusammenhang mit burglary ist endlich noch auf den Vagrancy Act 1825 aufmerksam zu machen.[3])

Der engl. Entw. 1878 brachte in chap. XXX[4]) unter dem Titel housebreaking das geltende Burglary-Recht in gedrängterer Fassung (s. 222—226), ähnlich wie in Stephens Digest. Dagegen trug der Draft Code (Entw. 1879 s. 297—308) wiederum alle verwirrenden Distinktionen des LA. vor[5]), z. T. noch gesteigert.

---

[1]) Russell 2, 39f.; Wharton s. 1599ff. In Dobb's Fall „2 East, Pleas of the Crown, c. 15 s. 25, p. 513“ (1770), Kenny, Cases 176, war D. des Nachts durch Einbruch in den Stall von Bayley gelangt, der Teil des Wohnhauses war; dort stand ein Wallach, der um 40 guineas rennen sollte. D. durchschnitt ihm die Sehne am Vorderbein, um das zu hindern; das Pferd starb daran. Die Absicht ging nicht auf Tötung, sondern nur auf trespass (erst seit 1861 ist auch die Verwundung von Vieh felony, Kenny, Cases p. 177 Anm.). Daher erfolgte nach des Richters Chief Baron Parker Anweisung Freispruch. Hinterher wurde D. wegen der erfolgten Tötung des Pferdes angeklagt und zum Tode verurteilt. Wharton s. 1601 zitiert den Fall des Eindringens, um jemandem ein Ohr abzuschneiden; das ist nicht felony, also nicht burglary (Verlust des Ohres macht nicht wehrunfähig; daher ist es nicht „maim“).

[2]) Russell 2, 41, 43. Es wird nicht gestattet, den Namen des Eigentümers der zu stehlenden Sache zu verbessern, dagegen wird amendment bezüglich des Namens des Eigentümers des Wohnhauses gestattet. Russell 2, 44 Note (n); 1, 53f. Note (q); 1, 58 Note (c); 9 Geo. 4, c. 15; Harris 345, 348. Geht ein indictment auf burglary + stealing und wird erwiesen Einbruch und Eintreten, aber nicht die Nachtzeit, so ist Schuldspruch wegen housebreaking möglich, falls wirklich etwas gestohlen wurde. Geht das indictment auf housebreaking + stealing, und ist nicht erwiesen, daß ein Einbruch ins Haus stattgefunden, so ist Schuldspruch wegen larceny möglich. Russell 2, 59 unten Note (m).

[3]) Stephen, Dig. Art. 214, (j.), (l.), Wertheim 485. Danach kann als rogue and vagabond bestraft werden, wer Schlüssel, Dietriche, Winden, Bohrer oder andere Brechwerkzeuge in Verwahrung oder Besitz hat, in der Absicht, in ein Wohnhaus, Warenlager, Remise, Stall oder Außengebäude einzubrechen; ferner wer in oder auf einem Wohnhaus usw. oder in einem verschlossenen Hof, Garten oder Lichtschacht zu irgend einem gesetzwidrigen Zwecke betroffen wird. Die Strafe ist Gefängnis bis zu 3 Monaten, im Rückfalle oder bei geleistetem Widerstande trifft den sog. incorrigible rogue Gefängnis mit harter Arbeit bis zu 1 Jahre und als Mann auch whipping, Stephen art. 216.

[4]) Part VI: Eigentumsverbrechen, hinter robbery und extortion. Ebenso Entw. 1879.

[5]) s. 297, definition of dwelling-house. s. 298, breaking and entering place of worship and committing offence. s. 299, breaking place of worship with intent to

Der U.-St. Entw. 1901 s. 299—301 hat eine kurze und im wesentlichen auf Blackstone und das common law sich stützende Fassung aufgenommen, im Gegensatz zu der höchst ausführlichen und detaillierten Aufzählung von New-York s. 496—508.[1]) Stark abweichend ist auch Ohio s. 6835—6840.

VII. Forcible Entry and Detainer.[2])

Diese beiden Misdemeanours, gewaltsame Besitzergreifung und gewaltsame Festhaltung des Besitzes an einem Grundstück, können nicht als Delikte gegen die Freiheit oder das Hausrecht[3]) aufgefaßt werden, sondern richten sich gegen das Rechtsgut des Besitzes.[4]) Wiewohl gelegentlich[5]) betont wird, daß die kriminelle Bestrafung sich durch die besondere Heiligkeit erkläre, die das gemeine Recht dem Wohnhause beilege, so ergibt doch der Wortlaut der alten Gesetze[6]) und das Erfordernis einer ganz bestimmten Qualität des Grundbesitzes[7]), daß die Dejektion aus einem eine ganz bestimmte Art von Rechtsschutz genießenden Grundbesitz das Wesentliche ist.[8]) Es dreht sich nur um einen Fall erhöhten Zivilunrechts. Wegen der erhöhten Gewaltanwendung[9]) ist das öffentliche Interesse beteiligt. Die Gewalt besteht entweder a) in tatsächlicher Gewalt gegen die Person, oder b) in Drohungen mit solcher, oder c) im Offenbrechen eines Hauses, oder

commit an offenc. s. 300, burglary defined. s. 301, housebreaking and committing an offence. s. 302, housebreaking with intent to commit an offence. s. 303, breaking shop etc. and committing offence. s. 304, breaking shop etc. with intent to commit an offence. s. 305, being found in dwelling-house by night. s. 306, being found armed with intent to break a dwelling-house. s. 307, being found disguised or in possession of housebreaking instruments. s. 308, offence after previous conviction in certain cases.

[1]) N. Y. ist bemüht — neben der Verwendung einiger festländischer Qualifikationsgründe — die Resultate der engl. Praxis im Gesetze festzulegen, wie oben mehrfach angemerkt wurde.

[2]) Blackstone 4, 147; Russell 1, 717—730. Harris 110; Stephen-Jenks 4, 178; Schuster 658; Wharton II s. 2013—50, Stephen, Dig. art. 84.

[3]) So Schuster.

[4]) Blackstone, Harris, Russell, New York, nennen den öffentlichen Frieden, Stephen, Dig. und Stephen-Jenks die öffentliche Ordnung als Angriffsobjekt.

[5]) Warthon s. 2023.

[6]) 5 Ric. 2, st. 1, c. 7 (8) = 1381 betr. Entry with strong hand and multitude of people. 15 Ric. 2, c. 2 = 1391. 8 Henr. 6, c. 9 = 1429 (Ausdehnung auf peaceable entry, aber forcible detainer). 31 Eliz. c. 11 = 1589. 21 Jac. 1, c. 15 = 1623 (Ausdehnung auf tenants for term of years, tenants by copy of courtroll, tenants by elegit usw).

[7]) Freehold, später auch leasehold. Die heute allgemeine Formulierung ist lands or tenements (Eigen- oder Pachtgut). Jedenfalls muß Kläger juristischen Besitz behaupten und dartun. Wharton s. 2017, 2042, 2025, 2044. Beklagter kann eigenen besseren Besitztitel einwenden; was allerdings nicht immer hilft, da gerade die Selbsthilfe (schon seit 1381) hier getroffen werden soll.

[8]) Im indictment muß vorhergehende seisin des Klägers und Besitzentsetzung und (desseisin) behauptet und eine genaue Beschreibung des Grundstücks auch der Größe nach gegeben werden. Wharton s. 2049, 2050.

[9]) Im indictment muß eine größere Gewalt behauptet (averred) werden als nur vi et armis. Wharton s. 2047; Blackstone 3, 208ff., 219ff. Als Art von trespass — cf. Wertheim 541, 97 (breach of close) — direkt bezeichnet in Ohio, Wilson 1890 p. 355.

d)[1] im Sammeln einer ungewöhnlichen Anzahl Menschen zu einem der Zwecke a) bis c). Es fallen darunter außer echten Hausfriedensbrüchen auch solche Besitzentziehungen durch Gewalt, die nicht Hausfriedensbruch sind. Wenn der außer Hause weilende Eigentümer gewaltsam an der Rückkehr verhindert wird und in der Zwischenzeit der Beklagte Personen abgeschickt hat, die in friedlicher Weise Besitz ergreifen, so liegt doch forcible entry vor.[2])

Wie in Stephens Digest, war auch in den engl. Entwürfen unser Delikt in der historisch überkommenen Fassung in einem Sammelabschnitt gegen die öffentliche Ordnung untergebracht.[3]) In Amerika ist der U. St.-Entw. 1901 dem New-Yorker Vorbild gefolgt. Neben dem eigentlichen Vergehen steht eine Abart, die Wiederbesitznahme (retaking possession) eines Grundstückes, von dem man zufolge eines gesetzlichen Verfahrens sich entfernt hat oder entfernt worden ist.[4]) Gewalt wird hier nicht erfordert. New-York hat ferner noch zwei Vergehen, die auch Fälle des Hausfriedensbruches neben solchen der Besitzstörung ohne Besitzanmaßung in sich bergen, das Eindringen (intrusion) in Bauplätze[5]) und das Errichten von Hütten oder anderen Bauwerken auf fremden Grundstücken innerhalb von Städten oder Dörfern.[6])

---

[1]) Fall (d.) schon im Statut 1381. So auch Stephen, Dig.; Wharton. Russell 1, 722 nennt als Mittel ungewöhnliche Waffen, Bedrohung von Leben und Gliedern.

[2]) Es ist nicht nötig, daß stets in zivilrechtlichem Sinne ein Unrecht vorliegt; auch das gewaltsame Durchsetzen des berechtigten Titels gehört hierher, daher macht sich strafbar der landlord, der den Pächter nach Ablauf der Pachtzeit durch Selbsthilfe gewaltsam entsetzt. Wird aber keine größere Gewalt angewandt, als zu diesem Zwecke nötig ist, so trifft der Deliktbegriff nicht zu. Oberster Gerichtshof von Pennsylvanien; Wharton s. 2038; Russell 1, 718. Dagegen ist Selbsthilfe stets statthaft gegen den Besitzdiener oder Inspektor, Stephen, Dig. art. 84, alin. 2; Russell 1, 720; engl. Entw. 1880 s. 565 al. 2.

[3]) Entw. 1878 s. 51; 1879 s. 95. Im Entw. 1860 auf 2 Paragraphen verteilt: s. 565 (entry), s. 566 (detainer).

[4]) N. Y. 465 = U. St.-Entw. 359; N. Y. 466 = U. St. Entw. 360 — beides unter public peace.

[5]) „Befriedetes Besitztum“ — ein häufiger Anwendungsfall des deutschen § 123.

[6]) N. Y. s. 467, 640 subd. 9.

5. Frankreich. (Belgien. Spanien.)

I. Das französische Recht kennt ebenfalls keine zusammengefaßte Gruppe der Freiheitsdelikte.[1]) Die Attentats à la liberté, die unter den Staatsverbrechen[2]) figurieren, betreffen nur Amtsdelikte.[3]) In Art. 114 ist in dieser Beziehung die individuelle Freiheit im Sinne von Lokomotionsfreiheit[4]) in weitester Fassung geschützt.[5]) Da die Strafe aber nur dégradation civique[6]) ist, so ist das Amtsdelikt erheblich milder bestraft als die Freiheitsberaubung durch Private. Diese letztere findet sich unter den Verbrechen gegen Einzelne, chap. I, sect. 5, arrestations illégales et séquestrations de personnes. Die Freiheitsentziehung (chartre privée) tritt in 3 auch sonst in romanischen Rechten unterschiedenen Formen auf: arrestation, — détention, — séquestration, — deren erste, die Festnahme, von den beiden anderen als Arten der Festhaltung sich abheben läßt, sofern für die letzteren eine nicht ganz kurze Dauer verlangt wird.[7]) Der Täter und der

[1]) Wohl aber (unter den älteren romanischen Strafgesetzen, d. h. vor Italien 1889) Spanien 1850 und 1870. Hier werden als Delikte gegen Freiheit und Sicherheit zusammengefaßt: Einsperrung, Entziehung Minderjähriger, Verlassen von Kindern, Hausfriedensbruch, Drohung und Nötigung, Offenbarung von Geheimnissen.

[2]) Contre la chose publique: chap. II, contre la Constitution: I. Des crimes et délits relatifs à l'exercice des droits civiques; II. Attentats à la liberté . . .

[3]) Der Täter muß sein fonctionnaire public, agent ou préposé du Gouvernement. Wegen der Vorgesetzten Art. 114 al. 2, wegen der Minister Art. 115, 116.

[4]) Garçon, C. p. annoté, 1901, n. 13, p. 247b. Die gebräuchliche Definition — auch bei Chauveau-Hélie ([6] 1887) II 193f. no. 528; Garraud, Traité III 359 no. 917 — stammt aus der Deklaration der Menschenrechte 1789 Art. 7 und der Verfassung vom 3. (14.) Sept. 1791, tit. 1: la liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir sans pouvoir être arrêté ni détenu . . .

[5]) Gestraft wird das Anordnen oder Vornehmen eines acte arbitraire „et“ attentatoire à la liberté individuelle. Falsch ist die überall zu findende Textierung mit „ou“, Garçon no. 3 p. 246. Die folgenden Glieder des Art. 114 gehen weit über die Überschrift hinaus. Daneben stehen Spezialdelikte von Beamten, die mit Verhafteten, Gefangenen und mit der Strafverfolgung zu tun haben, Art. 119—122.

[6]) Daneben Verpflichtung zur Zahlung von dommages-intérêts, Art. 117: nie unter 25 fr. auf jeden Tag der Festhaltung — sicher sehr wirkungsvoll und empfehlenswert!

[7]) Garçon zu Art. 114 no. 16; Garraud V no. 1911; Chauveau-Hélie IV no. 1687. Arrestation allein, Kass.-Hof seit 27. 9. 1838, Chauveau-Hélie IV p. 430. Détention allein (Eltern hielten ihr Kind in einem Teil ihrer Wohnung eingesperrt), Kass.-Hof 9. 6. 1828.

29*

Teilnehmer, der den Detentionsort hergibt, sind regulär mit travaux forcés bedroht (Art. 341); Strafmilderung tritt ein bei der Freilassung vor dem 10. Tage, falls noch kein Strafverfahren eingeleitet ist. In den erschwerten Fällen[1]) greift lebenslängliche Zwangsarbeit oder sogar Todesstrafe Platz. Durch die ungeheure Verschiedenheit[2]) der Strafen wird der Abgrenzung vom Beamtendelikt eine außerordentliche Wichtigkeit beigelegt, die zu mehrfachen Schwankungen in der Judikatur geführt hat.[3]) Jetzt steht nach Entscheidung des Kassationshofes vom 4. Dezember 1862 (Fall Roger) fest, daß die willkürliche Freiheitsentziehung durch einen öffentlichen Beamten nur dann unter Art. 341 ff. fällt, wenn er gehandelt hat dans un intérêt privé, pour la satisfaction de ses passions personnelles; denn alsdann kann er nicht als in Amtsausübung befindlich angesehen werden.[4]) — Hervorzuheben ist auch, daß die Rechtsprechung die Strafbarkeit der Freiheitsberaubung ungebührlich einengt, weil es ihr an einer ausgebildeten Theorie der mittelbaren Täterschaft fehlt.[5])

II. An einem Nötigungsdelikt fehlt es in Frankreich völlig[6]), desgleichen wie schon vor der Revolution an Bestimmungen über den Menschenraub im allgemeinen.[7]) Wohl aber ist der Kinderraub z. T. mitbetroffen durch den

[1]) a) Dauer über einen Monat, Art. 342; b) in falschem Kostüm, unter falschem Namen, unter falscher Order, Art. 344 [1]; c) wenn der Verletzte mit dem Tode bedroht wurde, Art. 344 [2]. Ist er körperlichen Martern unterworfen worden, so bei b und c Todesstrafe, Art. 344 i. f. (Text von 1832) — Einsperrung im Bordell, Zurückhaltung daselbst wegen Schulden ist Sittlichkeitsverbrechen, Art. 334, 4° (Fassung v. 3. 4. 1903).

[2]) „Disproportion choquante" nennt sie Garraud, Traité III 385 no. 936. Das ältere Recht, insbes. die Ordonnance von 1670, kannte die Zweiteilung nicht. Jousse III 285 nach Garraud III 378 Anm. 24.

[3]) Carnot hatte behauptet, auf willkürliche Verhaftung durch Beamte sei Art. 341 anwendbar. Dem entsprachen zwei Urteile der Cour de Cass. aus den Jahren 1812 und 1832, die sogar für die arrestation arbitraire des Art. 341 Private als Täter ganz auszuschließen Miene machten. Garçon zu Art. 114, no. 91 ff., bes. 93, 96, 100. Beamte, die überhaupt kein Verhaftungsrecht haben, fallen nie unter Art. 114.

[4]) Durch diese Rechtsprechung wird die Scheidung zu einer nach dem Motiv; beim Beamten, den Art. 114 straft, ist es excès de zèle. Garraud III 378 no. 932.

[5]) Wer es durch lügenhafte Täuschungen dahin bringt, daß ein Geistesgesunder in ein Irrenhaus gesperrt wird, soll nach Entsch. 8. 2. 1842 nicht strafbar, sondern nur zivilrechtlich haftbar sein! Vergl. aber in Art. 114 al. 2 einen Fall der mittelbaren Täterschaft: der Beamte, der auf Befehl gehandelt hat, geht frei aus; der Vorgesetzte ist statt seiner strafbar.

[6]) Ebenso in Belgien, nicht aber in Spanien (Art. 510, 511). Hier ist dreierlei bemerkenswert: 1. Das Nötigungsmittel ist, allzu eng, nur Gewalt; es wird physische Kraftentfaltung gefordert, vis compulsiva genügt, aber nicht bloße Drohung und dadurch verursachte Unfreiheit der Willensentscheidung (Tribunal Supremo 23. 2. 82 u. 22. 9. 84, Medina-Marañón 1891, p. 109); doch kann die Drohung als solche strafbar sein. — 2. Zwang zur Unterlassung einer vom Gesetz verbotenen Handlung ist nicht strafbar; dagegen erklärt es der Text beim Zwang zum Tun für gleichgültig, ob das Tun rechtmäßig ist oder nicht. — 3. Selbsthilfe des Gläubigers, der sich mit Gewalt einer seinem Schuldner gehörigen Sache bemächtigt, um sich bezahlt zu machen, ist ein privilegierter Nötigungsfall. — Nur eine subsidiäre Übertretung begeht, wer sonst eine unrechtmäßige Nötigung oder Belästigung (coacción ó vejación) einem andern verursacht, Art. 604, 5°.

[7]) Es greifen die Bestimmungen über violences ein — s. unten; für Beamte Art. 186; gegen Beamte Art. 230 ff.

Reat des Art. 345 (Fassung vom 13. Mai 1863), der sich aber nach der Überschrift des Abschnittes[1]) und der Judikatur[2]) stets gegen den Personenstand (état civil) des Kindes richten und den Beweis desselben gefährden muß. Dieses Verbrechen gehört daher nicht zu unserm Thema.

Als Angriff gegen die elterliche (oder eine sonstige ihr gleiche) Gewalt[3]) stellt sich dagegen das enlèvement de mineurs, art. 354—7, dar. Die zwei Formen dieses Verbrechens (art. 354, art. 356) unterscheiden sich durch die angewandten Mittel.[4]) Die erste ist außerdem in Hinsicht auf das Objekt die allgemeinere. 1. Art. 354 verlangt als Objekt einen Minderjährigen, als Mittel List oder Gewalt. Die Entführungshandlung besteht in einem enlever, entraîner, détourner oder déplacer oder in dem Veranlassen solchen Entführens, Wegschleppens, Entziehens oder Fortschaffens von dem Orte, an den der Minderjährige durch diejenigen gebracht war, deren Machtgewalt oder Leitung er unterworfen oder anvertraut war. 2. Die schwereren Fälle, Art. 355 und Art. 356, streifen schon die Sphäre der Sexualdelikte[5]), indem das Objekt eine weibliche Person unter 16 Jahren sein muß. Bei der Entführung des einwilligenden oder freiwillig folgenden Mädchens (art. 356) muß ferner der Täter (le ravisseur) eine Mannsperson sein[6]); ist er unter 21 Jahren, so ist die Strafe erheblich geringer. Auch wirkt der Vollzug der Ehe sistierend auf die Strafverfolgung (art. 357).

III. Die Verletzung des Hausrechts war dem C. p. ursprünglich nur als ein abus d'autorité, der von Beamten gegen Private begangen wird, bekannt (art. 184). Erst die Revision von 1832 hat den Hausfriedensbruch durch Private an systematisch ganz falscher Stelle als Abs. 2 hinzugefügt. Es wird nur bestraft das Eindringen (nicht das Verweilen), nur in die Wohnung (nicht Nebenräume, nicht Geschäftsräume, nicht Diensträume), nur mittels Drohungen oder Gewalt. Die Strafe ist geringer als für das ent-

---

[1]) Sect. VI: Crimes et délits tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant, ou à compromettre son existence; Enlèvement de mineurs; Infractions aux lois sur les inhumations. Art. 345 stellt mit der Entführung die Verheimlichung, Unterdrückung, Vertauschung und Unterschiebung eines Kindes zusammen.

[2]) Kass.-Hof 25. 5. 1837. Demgemäß muß auch der Vorsatz beschaffen sein; Kass.-Hof 19. 12. 1863; Rivière-Hélie-Pont, p. 63f., No. 4b, 4a.

[3]) Durch Gesetz v. 5. Dez. 1901 ist daher folgerichtig die Entziehung oder Vorenthaltung durch einen Elternteil selbst, falls gerichtlich, besonders im Scheidungsprozeß, über den Verbleib des Kindes Verfügung getroffen ist, sowie im Falle der Verwirkung der väterlichen Gewalt, diesem Abschnitt angegliedert.

[4]) Sie sind also gegen einander exklusiv. Kass.-Hof 25. 4. 1839. Dem entspricht die Fragestellung im Schwurgericht, Kass.-Hof 26. 3. 1857. Dagegen ist art. 355 nur ein Spezialfall von art. 354. — In art. 356 ist das Mittel Überredung.

[5]) Ohne doch darin einzumünden, weil die Absicht des Entführers irrelevant ist, Kass.-Hof 25. 10. 1821. Das Charakteristische ist auch hier die Entziehung aus dem Autoritätsbereich berechtigter Personen. — Fälle des entraîner und détourner in sexueller und zwar kupplerischer Absicht in art. 334, 2°, 3° (Gesetz vom 3. April 1903).

[6]) Kass.-Hof 8. 4. 1858 → sog. rapt de séduction im Gegensatz zum rapt de violence in art. 355; Chauveau-Hélie IV 489ff. No. 1740. Im C. p. 1791 gehörte zum Rapt ein geschlechtlicher Zweck.

sprechende Amtsdelikt, ganz im Gegensatze zu dem oben erörterten Verhältnis art. 114:341.

Durchaus fortgeschritten erscheint in dieser Materie das belgische Recht. Der Hausfriedensbruch hat eine richtigere Stelle im System als Art. 439—442 gefunden. Gegenüber Frankreich ist er erweitert auf dépendances bewohnter Räume, bezüglich der Mittel auf Einbrechen, Einsteigen und Gebrauch falscher Schlüssel.[1]) Dazu treten mehrere erschwerte Fälle, (art. 440)[2]), in denen auch der Versuch für strafbar erklärt ist (art. 441). Endlich ist dem eigentlichen Hausfriedensbruch das Betroffenwerden bei Nacht gleichgestellt (art. 442), ohne Unterschied des Mittels, durch das der Täter sich ohne den Willen des Inhabers Eingang verschafft hat.[3])

IV. Die Drohungen sind im System des C. p. nicht als Angriff gegen die Freiheit oder gegen ein eigenartiges Rechtsgut aufgefaßt, sondern als Vorstufe zu dem angedrohten Hauptdelikt. Hinter den Tötungen der Art. 295—304 folgt die Drohung mit Mord, Vergiftung und schwerem Attentat[4]) gegen die Person, seit 1863 auch mit sonstigen Tätlichkeiten und Gewaltsamkeiten (art. 305—308); hinter der Brandstiftung und Sprengung (art. 434, 435) die Drohung damit (art. 436).[5]) Jedoch sind auch diese Drohungen nicht schlechthin strafbar, sondern es wird unterschieden und abgestuft 1. danach, ob die Bedrohung schriftlich oder mündlich[6]), sodann 2. danach, ob sie a) mit dem Befehl, eine Geldsumme an einem bestimmten Ort niederzulegen, oder unter einer anderen vom Bedrohten zu erfüllenden Bedingung (menaces avec ordre ou sous condition) oder b) ohne solche (menaces simples) geschah. Die Arten zu 2 umfassen also einige Erpressungs-[7]) und einige Nötigungsfälle.[8]) Straflos bleiben[9])

[1]) Beide Erweiterungen stammen aus dem schweren Diebstahl des französischen art. 381, 4°, I. Teil. Vergl. oben S. 423 Anm. 2.

[2]) Unter falscher amtlicher Order, in Amtstracht, unter dem Namen eines Beamten — franz. art. 381, 4°, II. Teil; zur Nachtzeit, von zwei oder mehr Personen, bewaffnet — franz. art. 381, 1°—3°.

[3]) Spanien verpönt jedes Eintreten gegen den fremden Willen; Gewalt und Einschüchterung sind schon qualifizierende Umstände, art. 504. Es schützt aber nur die Wohnung und nimmt Kaffeehäuser usw. während der Zeit, da sie dem Publikum geöffnet sind, aus, art. 506. Höchst beachtenswert — vor allem gegenüber den bekannten kläglichen Konsequenzen unseres deutschen engen Notstandsrechtes — ist art. 505: straflos ist, wer in die fremde Wohnung eintritt, um ein schweres Übel (mal grave) von sich, den Bewohnern oder einem Dritten abzuwenden, oder um der Menschlichkeit oder der Gerechtigkeit einen Dienst zu erweisen.

[4]) D. h. mit Tod, lebenslänglicher Zwangsarbeit oder Deportation bedroht.

[5]) Ebenfalls 1863 beträchtlich erweitert. Trennung der Morddrohung und der Branddrohung ähnlich wie im engl. OPA. und MDA.

[6]) Bei der Bedrohung mit Gewalttätigkeiten wird dieser Unterschied nicht gemacht.

[7]) Das Abdringen einer über Vermögensrechte disponierenden Urkunde, extorsion de signature, bildet ein zu den Diebstählen gestelltes Spezialdelikt, art. 400 § 1, dem seit 1863 die eigentliche chantage (durch Drohung mit ehrenrührigen Enthüllungen oder Bezichtigungen) an die Seite gesetzt ist, art. 400 § 2.

[8]) Kass.-Hof 18. 9. 1851 erklärt es für unnötig, daß die Bedingung rechtswidrig sei oder Rechte schädige, — vergl. Österreich S. 414 Anm. 8.

[9]) Garçon, Tabelle zu art. 305 p. 730; Kass.-Hof 22. 8. 1872.

die einfache mündliche Drohung mit schwerem Attentat, Mord u. s. w. und mit Brandstiftung, sowie jede einfache Bedrohung mit Gewalttätigkeit. Es wird verlangt, daß die Drohungen sich manifestieren unter Umständen, die ihnen den Charakter einer résolution arrêtée aufdrücken.[1]) Wirklicher Ausführungsvorsatz wird nach der h. M. nicht gefordert.[2]) Wohl aber muß der objektive Beschauer und der Bedrohte an die Ernstlichkeit der Drohung haben glauben können. Die Doktrin faßt daher das Verbrechen als atteinte à la sécurité publique oder als trouble réel apporté à la sécurité d'autrui.[3]) Zum Vorsatz wird bald die intention d'effrayer[4]) verlangt, bald das Bewußtsein von der Eignung einzuschüchtern, für genügend erklärt.[5])

Eine wichtige Ergänzung der Strafsanktionen gegen Drohungen bilden die Bestimmungen der Art. 309 ff., in denen neben den blessures und den coups seit 1863 auch „toute autre violence ou voie de fait" unter Strafe gestellt sind.[6]) Wie im englischen assault fließt also auch hier ein Teil der Drohung und der Nötigung mit der Körperverletzung zusammen. Wie dort, fallen auch hier bloße Drohworte niemals in den Bereich der Strafbarkeit. Aber eigentlich müßte man — die Erweiterung nach der Analogie des Urfalles auslegend[7]) — nach franz. Recht noch das weitere Erfordernis aufstellen, daß die Person körperlich berührt sein müsse. Es schiede dann auch die menace par gestes aus.[8]) Die Praxis ist indessen in der Auffassung der violences et v. d. f. weiter gegangen. Zuerst schlug eine vielerörterte Entsch. des Kassationshofes vom 6. Dez. 1872 diese Richtung ein. Es waren auf einen gewissen Piet Schüsse abgefeuert, nur um ihn in Furcht zu jagen, nicht um ihn zu treffen; der Geängstigte fiel hin oder warf sich zu Boden. Als Endzweck (but) der Täter wurde festgestellt „d'agir par la frayeur sur la personne de Piet". Hierin lag die Handhabe für die seitdem mehrfach

[1]) Boitard, Leçons [13] 1889, No. 346.

[2]) Dagegen besonders Chauveau-Hélie IV. p. 2 No. 1310 f.: die Drohung müsse den wirklich gefaßten und ernsthaften Entschluß enthüllen, ein Verbrechen gegen die Person zu begehen. Gerade darum gehöre die einfache bloß wörtliche Drohung (im Zorn) nicht her. In der Tat wird diese durchschnittlich auf anderer psychologischer Basis beruhen; das deutsche Gesetz wird dem bislang nicht gerecht. Die Herausgeber von Chauveau-Hélie IV p. 3 Note ** erklären sich dagegen: den verbrecherischen Entschluß zu strafen, habe die Gesellschaft nicht die „qualité"; Grund der Strafbarkeit sei der trouble social, der aus der Drohung resultiere. Aber eine Störung des öffentl. Friedens, wie im deutschen StrGB. 126 gehört nicht zum Tatbestand.

[3]) Garraud, Traité IV p. 642, 644.

[4]) Garraud IV p. 644 No. 1678. Die Richtung gegen die Freiheit bei den Menaces sous condition wird p. 651 No. 1688 betont: das élément intentionnel bestehe in dem dessein de peser méchamment sur la volonté d'autrui pour l'obliger à un acte ou à une abstention, — also im Nötigungsvorsatz.

[5]) Garçon p. 732 No. 28 ff.

[6]) Art. 311 al. 1 stellt das Grunddelikt: einfache unprämeditierte, von keiner Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit begleitete Gewalttätigkeit dar.

[7]) Dazu zwang das ital. (sard.) StrGB. 1859; art. 537 strafte le ferite, le percosse, od altre „simili" offese voluntarie contro le persone.

[8]) So im Grunde Garçon zu art. 309 No. 32. Vergl. Garraud IV p. 670 ff.; No. 1704.

wiederholte Anwendung des art. 311.[1]) Die Folgezeit hat noch erheblich mehr Drohungen hereinbezogen.[2]) Man kann sagen, daß durch diese Judikatur das Rechtsgut des persönlichen Sicherheitsgefühles (in der Richtung auf die körperliche Integrität) zur Anerkennung gelangt und gegen andere als rein wörtliche Angriffe Schutz gefunden hat.

Die Bedeutung der Abänderung von 1863 tritt in helles Licht, wenn wir Belgien (art. 398 ff.) vergleichen. Dort ist nur von blessures und coups die Rede wie in Frankreich vor 1863. Weder das Abfeuern von Schüssen[3]), noch auch nur ein bloßes repousser[4]) fällt darunter. Die fühlbare Lücke ist in anderer Weise ausgefüllt: leichte Gewalttätigkeiten sind als contraventions unter eine geringe Strafe gestellt.[5]) Dem belgischen Richter erwächst damit die Aufgabe, die sich eng berührenden Tatbestände der voies de fait und der simples coups auseinanderzuhalten, während das franz. Ges. diese Schwierigkeit erspart.[6])

---

[1]) Cass. 25. 3. 1882, 13. 3. 1886, 12. 6. 1886, Garçon no. 34. Cass. 1. 5. 1897, Rivière-Hélie-Pont p. 56, no. 6 d.

[2]) Es wird unter Art. 311 subsumiert: daß ein Wildschütze auf die ihn überraschenden Gendarmen anlegt, obwohl er bei ihrer Annäherung die Flinte senkt und die Flucht ergreift, Kass.-Hof 22. 4. 1889; Garçon no. 35; daß eine geladene Pistole gegen jemandes Brust gehalten, daß jemand mit einem doppelläufigen Gewehr bedroht wird, dessen einer Lauf in die Luft abgefeuert und das dann an die Backe gelegt wurde, daß selbst eine nicht schußfertige Pistole an die Backe angelegt wird, Garçon No. 36, 37, Entsch. Lisieux 1. 6. 1875; daß der Täter sich mit geschwungenem Messer auf jemanden stürzt, um ihn zu stechen (das Opfer wird nicht erreicht, weil ein Dritter dazwischen tritt) Kass.-Hof 1. 5. 1897; Rennes 21. 11. 1900; Garçon No. 41. Im Falle Grenoble 2. 3. 1894; Garçon No. 39, wurde ein engin insusceptible d'explosion dangereuse niedergelegt; alles war geschickt kombiniert, um bei der Entdeckung eine lebhafte Erregung bei Personen hervorzurufen, die schon durch zahlreiche und gehässige Drohungen in ihrer Ruhe erschüttert waren; namentlich trug die an die Entdeckung der Maschine sich knüpfende Aufregung stark bei zu dem Krankheitszustand einer Frau, in den sie sogleich danach verfiel, sowie zu geistiger Störung des Mannes. Im Falle Riom 17. 10. 1888, Garçon No. 43, wurde ein Wagen verfolgt en sonnant de la trompette et en battant du tambour, es wurde mit solcher Gewalt gegen den Wagen geschlagen, daß der Reisende, eine Beute heftiger Aufregung angesichts der Gefahr, in die ihn die Sprünge seines Pferdes versetzten, genötigt war, abzusteigen.

[3]) Nypels, C. p. belge interprété, 1878 II p. 326.

[4]) Beltjens, Les Codes annotés, 1883, zu C. p. Art. 398 n. 3.

[5]) Art. 563, 3°, der zurückgeht auf den in Frankreich angeblich (Rivière-Hélie-Pont p. 56 n. 6c) noch gültigen Art. 605 n° 8 des Code du 3 brumaire an IV, bestraft die Urheber von leichten Tätlichkeiten und Gewaltsamkeiten — pourvu qu'ils n'aient blessé ni frappé personne, et que les voies de fait n'entrent pas dans la classe des injures, also ausdrücklich subsidiär —; besonders diejenigen, die willentlich, aber ohne die Absicht zu verletzen, auf eine Person irgend einen Gegenstand geworfen haben, der geeignet ist, sie zu belästigen oder zu beschmutzen.

[6]) Nypels II p. 315 Ziff. 4, p. 316, der deshalb das französische System vorziehen möchte. Dem ist zu entgegnen, daß die schärfere Scheidung der Angriffsobjekte natürlich auch höhere geistige Leistung des Richters verlangt. Die Rückständigkeit Frankreichs liegt gerade in dem Zusammenwerfen verschiedener Rechtsgüter, in dem Haften lediglich an der formalen Beschaffenheit des Angriffs. — Spanien 1870 steht, obwohl es die Drohung systematisch mit Nötigung zusammen einreiht, stark unter dem Einfluß der franz. Unterscheidungen; doch ist a) eine Erweiterung vorgenommen auf die Androhung von Verbrechen gegen Person, Ehre, Eigentum; b) neben der Strafe kann Friedensbürgschaft erfordert werden. Art. 507—509, 604 n° 2—4. Ein Erpressungsfall ist zum Raub gezogen, Art. 520.

6. Italien. (Argentinien.)

Am umfassendsten ist die Gruppe der Freiheitsverbrechen im ital. StrGB. 1889 ausgestaltet, indem außer den hier näher erörterten Delikten auch die Angriffe gegen die „Spezialfreiheiten“ einbezogen sind.

I. Die Freiheitsverbrechen bilden den II. Tit. des Besonderen Teils, und stehen zwischen den Verbrechen gegen die Sicherheit des Staates und denen gegen die Staatsverwaltung, gegen die Rechtspflege usw. Sie sind infolgedessen weit getrennt von den Verbrechen gegen die Person, wo nur Angriffe auf Leben, Leib[1]), Ehre behandelt werden. Der sonst in allem folgende Entw. 1891 für Argentina vermeidet wenigstens diese unnatürliche Trennung.[2]) Die Stellung der Freiheits- zu den Staatsverbrechen beruht auf einem weiteren Ausbau des im Codice Sardo 1859[3]) gegebenen Vorbilds. Dort faßte Kap. I der Reate gegen die öffentliche Verwaltung die Verbrechen gegen verfassungsmäßig garantierte Rechte zusammen[4]): 1. gegen die Ausübung politischer Rechte, 2. gegen die individuelle Freiheit, 3. gegen das Hausrecht. Wenn auch in der Anerkennung der Freiheit als selbständigen Rechtsgutes (bene speciale) ein Fortschritt des Codice Sardo lag[5]), so ist doch der völlig formalistische Gesichtspunkt, daß das Verbrechen, weil es sich gegen ein durch die Konstitution gewährleistetes Gut richte, politischen Charakter gewinne, durchaus zu verwerfen. Es ist verkannt, daß es sich

---

[1]) Auch der Mißbrauch von Zuchtmitteln, der ja auch durch Freiheitsentziehung geschehen könnte, fällt unter Art. 390 nur, wenn Gesundheitsschädigung oder -gefährdung verursacht wird; abweichend Peratoner, Dei delitti contro la libertà, Catania 1891, p. 233; Crivellari V, 531 no. 164.

[2]) Verbrechen gegen I. Person, II. Ehrbarkeit, III. Personenstand, IV. Freiheit, V. Eigentum.

[3]) Doch war sonst die Gruppe stark zerrissen und lückenhaft: Kinderraub stand bei Notzucht und Entführung (Art. 494), Drohung unter den Del. gegen die pubblica tranquillità. Toskana, StrGB. 1856, Art. 358 ff. hielt das Verwandte gut zusammen.

[4]) Natürlich in Verfolgung des, freilich auf Beamtendelikte sich beschränkenden, franz. C. p. (chap. II. Crimes contre la Constitution, sect. I relatifs à l'exercice des droits civiques, sect. II. attentats à la liberté), der auch sonst Pate gestanden. Wie Sard. auch Chile 1874.

[5]) Die ganze Gruppe fehlte wie im gemeinrechtl. Deutschland auch im Italien des 19. Jahrh. noch bei vielen Schriftstellern (sogar Carmignani 1854) und in den GB. Neapel 1819, Parma 1820, Kirchenstaat 1832, Este 1855.

hier um Güter handelt, die unabhängig von jeder Verfassung existieren und zu der natürlichen Ausstattung des Menschen gehören. Mit Recht übt daher Carrara[1]) — auch wenn man nicht seine prinzipielle Scheidung von delitti naturali und delitti sociali adoptiert — eine scharfe Kritik an dieser Anschauung. „Wenn also die Verfassung gesagt hätte, das Leben der Bürger sei unverletzlich, würde man daraus folgern müssen, daß das Recht auf das Leben ein politisches Recht sei, das den Italienern von der staatlichen Vorsehung zugestanden wird?"[2]) Das StrGB. 1889 setzt sogar, blind gegen diese Unähnlichkeiten, die eigentlichen Freiheitsverbrechen (Kap. III ff.) mitten zwischen die Spezialfreiheiten hinein (Kap. I politische, Kap. II Kultus-, Kap. VI Arbeitsfreiheit). Diese Unnatur hat Argentina nicht mitgemacht, sondern stellt die genannten nebst der Vereinigungsfreiheit an den Schluß des Titels. Was sonst die innere Gliederung der Gruppe angeht, so ist auch Brieferöffnung und Verrat von Privatgeheimnissen einbezogen.[3]) Dagegen steht die Entführung nicht in der Gruppe, sondern zwischen Vergewaltigung und Kuppelei unter den Verbrechen gegen die guten Sitten und die Familienordnung. Dies entspricht der sowohl aus dem sardinischen wie aus dem toskanischen C. p. überkommenen Anordnung, und ist eine Ablehnung von Carraras System.[4]) Das Kap. III: Delikte gegen die individuelle Freiheit enthält auch die Drohungen sowie die Verbringung in Sklaverei (plagio); dagegen sind die Delikte gegen die Unverletzlichkeit der Wohnung in Kap. IV für sich gestellt.[5]) Auch der Begriff der Individualfreiheit ist also in Italien weder eindeutig noch völlig zu Ende gedacht. Endlich hat Italien gleich vielen romanischen GB. keine Trennung der Amtsverbrechen vorgenommen.[6])

Der energische Versuch, dem Rechtsgut der Freiheit in jeder seiner Formen und Spielarten bei klarer Erkenntnis von der einheitlichen Natur des Schutzobjektes gerecht zu werden, muß die systematischen Fragen in den Vordergrund treiben. Hat man sich auch, trotz Carrara, von der vermeintlich politischen Natur der Freiheitsverbrechen beirren lassen, so sind doch gerade Carraras vielfältige und scharfsinnige Ausführungen über

---

[1]) Programma, Parte speciale II § 1558.

[2]) Carraras eigener Freiheitsbegriff (die jedem Menschen zukommende Fähigkeit, die eigene Aktivität in allem, was nicht das Recht eines andern verletzt, a suo pro auszuüben), den er (Programma, a. O. § 1558 n. 1) vergebens gegen die Vorwürfe der Tautologie und des Formalismus zu verteidigen versucht, krankt an der Verwechselung von Freiheit und Fähigkeit. Es ist nicht klar erkannt, daß „frei" ein negativer Begriff ist. Ähnlich wie Carrara auch Pessina, Elementi (1883) § 69.

[3]) So schon Toscana Art. 364 f.; Carrara u. a. m. Auch bei uns vielfach vertreten (Binding). Ich halte hier eine Freiheitsverletzung für unkonstruierbar.

[4]) Carrara zog außerdem die Anreizung zu Verbrechen, die coalizione industriale, sowie Entführung (ratto) hierher; verwies aber Entziehung Minderjähriger, carcere privato und violenza pubblica an andere Stellen des Systems. Hierbei steht er z. T. stark unter dem Einfluß seines berühmten Lehrers Carmignani.

[5]) Die Anreihung der Hausrechtsverletzung an unsere Gruppe findet sich auf romanischem Gebiet in Toskana, Spanien, Portugal, Chile, Mexiko.

[6]) Argent. Entw. 1891 ahmt in allem nach.

die Beziehungen zu anderen Verbrechensarten, in die das Freiheitsdelikt vermöge der in ihm verkörperten Absicht umschlagen kann, und seine, bei jedem einzelnen Freiheitsdelikt von neuem veranschaulichte, Lehre von der Subsidiarität dieser Verbrechen[1]) Gemeingut der ital. Doktrin geworden und liegen dem StrGB., z. T. allerdings unausgesprochen[2]), zu Grunde. Auch der historische Zusammenhang mit dem tosk.[3]) und dem sard.[4]) StrGB., die in mehreren Fällen die Subsidiarität ausdrücklich hervorhoben, spricht für diese Auffassung; desgl. die Formulierungen des Entw. Zanardelli[5]), die nur redaktionell und ohne sachlichen Gegensatz verändert worden sind.[6])

II. Das plagio (Art. 145) hat den Charakter als Menschenraub völlig verloren und einen einaktigen Tatbestand gewonnen, vermöge dessen es sich ausschließlich gegen die Rechtspersönlichkeit richtet: Verbringung in Sklaverei oder eine analoge Lage.[7]) Damit hat sich dieses Delikt, das in Sardinien entsprechend der Anlehnung an Frankreich gänzlich fehlte, in Toskana unter deutsch-österr. Einfluß aufgenommen war, aber die Zweiteiligkeit etwas abgeschwächt zeigte[8]), von den Beziehungen zur Freiheitsberaubung i. e. S. losgelöst. Es ist weder wie im deutschen StrGB. ein qualifizierter, aber durch die qualifizierende Absicht zugleich gründlich modifizierter Fall des Angriffs auf die Lokomotionsfreiheit; noch ist es wie

[1]) Carrara, Progr. a. O. II § 1559 (war die lesione ulteriore Zweck des Freiheitseingriffes, so springt das Verbrechen in eine andere Klasse über), § 1560 (das Mittel-Verbrechen wird im Zweck-Verbrechen absorbiert). Carrara zeigt hier seine These am Beispiel des Festhaltens und Wegführens, der Drohung, des Koalitionszwanges, Hausfriedensbruches, der Brieferöffnung. Ferner §§ 1563 (bez. violenza privata), 1563 Anm. 1 (das Freiheitsverbrechen ist stets assorbito, nie assorbente), 1582, 1653, 1668f. (Kinderraub: Personenstandsunterdrückung), 1670 (plagio; fine dell' opera u. fine dell' operante sind nicht stets identisch, letzterer ist i. d. R. das criterio determinativo.)

[2]) Ausgesprochen für Entziehung Minderjähriger und für Bedrohung. Argent. fügt dem Nötigung und Hausfriedensbruch bei.

[3]) Ausgesprochen war die Subsidiarität für Menschenraub, Nötigung, Hausfriedensbruch, sowie relativ Drohung: Nötigung.

[4]) Ausgesprochen war sie für Einsperrung und relativ Drohung: Erpressung.

[5]) Ausgesprochen für plagio (Verbringung in Sklaverei), Entziehung Minderjähriger (= Gesetz), Willkürakte gegen Gefangene, Nötigung, schwerere Bedrohung (= Gesetz) und noch einmal extra (Zanardelli Art. 150 al. 3) für einfache Drohung.

[6]) Die sog. Subsidiarität vertritt namentlich der größte der Kommentare Crivellari V 469 no. 117, der in diesen Ausführungen Carrara und z. T. Pessina wörtlich, meist ohne sie zu nennen, folgt und gelegentlich ein den Gedankengang zertrümmerndes Konglomerat aus beiden Schriftstellern bietet. S. auch Majno, Commento n. 778 (Nötigung); Impallomeni II 140 (Hausfriedensbruch, Verhältnis zur unerlaubten Selbsthilfe, Art. 235).

[7]) Ebenso Argent. Entw. 168, wo aber a) ein Fall nachfolgender Teilnahme gleichgestellt ist (wer eine Person in solcher Lage empfängt, um sie darin festzuhalten); b) daneben der alte Menschenraub z. T. weiter figuriert, Art. 172: wer eine Person außer Landes verbringt, um sie ungesetzlich der Gewalt eines andern zu unterwerfen oder sie in ein fremdes Heer einzureihen. Zu letzterem vergl. den 7. Qualifikationsfall im Ital. Art. 146 al. 2.

[8]) Art. 358 strafte die Bemächtigung (impadronirsi), gleichviel zu welchem Zweck. Erschwerter Fall, wenn als zweiter Akt die Auslieferung in ausländischen Kriegsdienst oder die Verbringung in Sklaverei hinzutrat.

bei Carrara das Grunddelikt der Freiheitsberaubung, in das auch alle Einsperrungsfälle (mit Ausnahme des Gefangenhaltens in einem Privatkerker) einmünden.[1]) Vielmehr wird sequestro di persona als Grunddelikt behandelt, ein Fall jenes Menschenraubes als Qualifikation in Art. 146. Der Rest, den die Kommission der Camera dei Deputati gänzlich streichen wollte[2]), ist im Gegenteil als vorbildlich behandelt zu erachten. Es werden nunmehr auch die Fälle getroffen, in denen der Täter sich seines Opfers nicht erst zu bemächtigen braucht, weil er es schon in seiner Gewalt hat, sowie die Fälle der unbedingten Einwilligung des Opfers.[3]) Ist aber auch die Diebstahls- oder Raubähnlichkeit aus dem Tatbestande verschwunden, so lebt sie doch im Namen und in der Anschauung der Motive fort, nach denen hier der erschwerteste Fall des Freiheitsangriffes vorliegt. Daß es sich um das eigenartige Rechtsgut des status libertatis[4]) handelt, ist nicht erkannt, und am wenigsten von Zanardelli.[5])

III. Die Freiheitsberaubung i. e. S., sequestro di persona oder carcere privato (Pessina: cattura privata) umfaßt alle vorsätzlichen Verletzungen der Lokomotionsfreiheit. Es fällt darunter, auch im Sinne Zanardellis, das Carrarasche „plagio“, für das eine nur momentane abduzione oder detenzione genügen sollte.[6]) Dem Einsperrungsdelikt des StrGB. eignet daher ebenfalls die Subsidiarität: je nach dem Zweck kann Raub, Erpressung, Lösegelderpressung, Entführung, Personenstandsunterdrückung vorliegen. Mitaufgesogen durch Art. 146 ist der Carrarasche carcere privato d. h. die Einsperrung eines Menschen in der speziellen Absicht, eine Strafgewalt auszuüben.[7])

Der Grundfall in Art. 146 ist sehr einfach formuliert: „wer einen andern .... der persönlichen Freiheit beraubt“ ohne Aufnahme eines Beispieles für die Freiheitsberaubung (wie das Einsperren im deutschen StrGB.) oder die Ersetzung des Gattungsbegriffes durch eine Aufzählung der Arten

[1]) A. O. §§ 1663—75. Festhaltung oder Wegführung eines Menschen, z. B. um ihn als Sklaven zu verkaufen oder zu gebrauchen, oder ihn auszustellen, oder aus Rache, oder um den politischen Gegner, den gefährlichen Wähler, den unbequemen Zeugen während der kritischen Zeit loszuwerden. Unter „plagio“ fällt also auch die detenzione arbitraria (der carcere privato improprio).

[2]) Weil es keine Sklaverei in Italien gebe. Crivellari V 502 no. 146, 503 n. 147 (Chiaves), 504 no. 148. Der Senat und die Revisionskommission (Lucchini) stellten den Art. wieder her, 504 no. 149, 506 no. 151. Vergl. auch Carrara a. O. §§ 1663 f.

[3]) Peratoner a. O. p. 226; Crivellari V 526 no. 157. Dagegen nimmt Pessina, Manuale, 1895 § 115 p. 123 an, daß die Bemächtigung stets notwendiger Durchgangspunkt sei.

[4]) Der Sklavenhandel findet sich im Seehandelsrecht. Codice della marina mercantile, Art. 335—346. Pessina, Il nuovo C. p. .... con brevi note, P. I 1890, p. 175.

[5]) Der auch hier (Entw. Art. 141) die Subsidiarität festlegen wollte.

[6]) Programma a. O. § 1679; Pessina, Elementi § 73 II.

[7]) Carrara a. O. vol. V, § 2861—70. Auch nach seiner Meinung heute höchst selten. Es ist das alte Majestätsverbrechen der c. 1 C. de privatis carceribus inhibendis 9, 5 und gewissermaßen das Gegenstück zur Gefangenenbefreiung.

(wie im franz. C. p.: arrêter, détenir, séquestrer).[1]) Aus der Doktrin ist zu erwähnen, daß beide Arten des Versuchs als möglich anzusehen sind[2]); daß die Einwilligung die Rechtswidrigkeit entfallen läßt[3]); sowie daß dem Delikt die Natur eines Dauerverbrechens (delitto continuato), nicht eines Zustandsverbrechens (delitto permanente) zukommt.[4])

Die Haupttrennung innerhalb des Deliktes ist die nach dem Täter. Der öffentliche Beamte[5]) wird nach Art. 147 mit der minder ehrenrührigen detenzione, aber in höherer Dauer belegt. Wir betrachten hier nur das Delikt des Privaten in Art. 146. 2 capoversi[6]) zählen je 7 qualifizierte Fälle auf, die sich (Zanardelli Relaz. Minist.) in 4 Gruppen ordnen lassen. Erschwerungsgrund ist teils das Mittel (mezzo)[7]), teils der Zweck (scopo)[8]), teils eine Eigenschaft des Verletzten (qualità dell' offeso)[9]), teils der Erfolg (effetto).[10]) Unter den durch den Zweck erschwerten Fällen befindet sich ein zweiaktiges, in seinem Aufbau an den Menschenraub erinnerndes Verbrechen. Der erste Teil ist die Freiheitsberaubung, der zweite Teil die Überlieferung (consegna) an das Ausland zum Militärdienst.[11]) Doch brauchen

---

[1]) Das eine oder das andere wurde von Ellero in der Revisionskommission verlangt. Sonst sei die Fassung zu weit und treffe nicht bloß die Lokomotionsfreiheit. Durch Lucchini wurde der Ausweg gefunden, hier libertà „personale" zu sagen und nicht „individuale", wie es in der Überschrift des Kap. heißt. Crivellari V 506, no. 151.

[2]) Carrara a. O. II §§ 1680f. wollte zwar das auf ein sehr kleines faktisches Gebiet begrenzte delitto tentato zulassen, aber nicht das delitto mancato. Dagegen Crivellari V 533, no. 167.

[3]) Carrara a. O. V, § 2866 leugnete dies für den carcere privato in seinem Sinn, da er delitto sociale, nicht delitto naturale sei. — Crivellari, no. 166. Zanardelli, Relaz. ad art. 131 ff. Abweichend war die tosk. Judikatur, Fall Lattes (Anfesselung der Geliebten), Crivellari no. 250 I.

[4]) Carrara a. O. II, § 2862 n. 1 bringt dazu als Beispiele, an denen der Unterschied nach seinen Worten mit Händen zu greifen sei: 1. Ein Minderjähriger hat ein Pferd gestohlen und benutzt es nach erlangter Strafmündigkeit weiter — er begeht keinen Diebstahl; 2. er hat einen Feind eingesperrt und läßt ihn nach erlangter Großjährigkeit weiter schmachten — ihn trifft die volle Strafe.

[5]) Es werden 5 Beamtendelikte unterschieden: Art. 147 Freiheitsberaubung — Seitenstück zu Art. 146; Art. 149 willkürliche Durchsuchung der Person; Art. 150—2 drei Gewaltmißbräuche gegen Inhaftierte. Die Abgrenzung vom Privatendelikt nimmt Art. 153 unter dem Einfluß der franz. Judikatur (ob. S. 452 Anm. 4) vor. Entscheidend ist, ob der Beamte gehandelt per un fine privato, zu einem privaten Zweck. Doch schlägt das Verbrechen dann nicht, wie in Frankreich, in das Privatendelikt um, sondern es tritt teils Kumulation teils Exasperation der Strafen ein.

[6]) Nicht = Absatz; sondern il primo capoverso heißt „Abs. 2". Stephan, desgl. Teichmann übersetzen unrichtig.

[7]) 1. Drohungen; 2. Sävitien; 3. Täuschung (inganno; Zanard.: artifizi fraudolenti), dies ersetzt die Aufzählung von falscher Uniform, Namen, Orden in franz. C. p. 344, 1°.

[8]) 4. Rache; 5. Gewinn; 6. religiöser Zweck oder Vorwand; 7. ausländischer Militärdienst.

[9]) 8. Aszendent; 9. Ehegatte; 10. Parlamentsmitglied; 11. öffentlicher Beamter.

[10]) Schwerer Schaden für: 12. Person; 13. Gesundheit (nicht „Wohl", wie Stephan übersetzt, cf. art. 372. Crivellari V, 539, no. 174); 14. Vermögen.

[11]) Die tatsächliche consegna muß vollendet (so Entw. Zanard., Perf. „ha consegnata") oder versucht sein (Gesetz, Praes. „consegni"). Majno, Commento no. 755. Die Absicht läßt genügen Crivellari no. 171. — Argent. Entw. 1891 Art. 172 macht ein besonderes Delikt daraus.

die beiden Teile nicht notwendig in dieser Reihenfolge sich zu ereignen. — Einen privilegierten Fall, herstammend aus dem franz. C. p., stellt die tätige Reue dar.[1]) Ein anderer privilegierter Fall ist nach der Konstruktion des Gesetzes

IV. die sottrazione di minori, sofern der Minderjährige einwilligt, und zwischen 12 und 15 Jahre alt ist.[2]) Die Handlung besteht in der Entziehung (sottrazione) aus der Gewalt der Eltern, Vormünder oder Inhaber einer auch nur zeitweiligen[3]) Fürsorge oder Aufsicht; oder in der Zurückhaltung (ritenzione). Der Zweck ist gleichgültig, darf aber nicht Wollust oder Ehe oder Gewinn sein; in den ersten Fällen läge Entführung (ratto) nach Art. 341, im letzten, wenigstens wenn ein Freilassungspreis begehrt wird, ricatto nach Art. 410 vor. Die Entführung schlägt in die Freiheitsberaubung um, oder mit anderen Worten die Privilegierung kommt in Wegfall, wenn der Minderjährige nicht eingewilligt hat; oder wenn er unter 12 Jahren ist, denn dann ist seine Einwilligung irrelevant. Die Entführung eines einwilligenden Minderjährigen über 15 Jahre ist überhaupt nicht strafbar[4]), es sei denn, daß ein sexueller oder gewinnsüchtiger Zweck sie in ein anderes Verbrechen verwandelt. Durch diese Bestimmungen ist die elterliche Gewalt außerordentlich schlecht geschützt; sie kommt hier in der Tat nur als Freiheitssurrogat in Betracht für eine kurze Spanne Zeit, nach deren Überschreitung die natürliche Freiheit des Kindes stark genug ist, die patria potestas als unbeachtlich zur Seite zu schieben.[5]) Richtiger hatte Carrara die sottrazione zu den Delikten gegen die Familienordnung[6]) gestellt, aber freilich mehr aus dem äußerlichen Grunde, daß ein Freiheitsdelikt nicht vorliegen könne, weil der Einwilligende[7]) gerade seine Freiheit ausgeübt habe. Im übrigen erscheint das Verbrechen bei ihm unter dem Einfluß

[1]) Voraussetzungen: die Freilassung, rilascio muß erfolgen a) aus freien Stücken „spontaneamente" („volontariamente" wurde gegen Brusa ausdrücklich verworfen, Crivellari V, 507. Impallomeni II no. 286 verlangt daher un pentimento, una resipiscenza, dageg. Majno no. 756); b) vor jedem Verfahrensschritt; c) ohne daß das vorgesetzte Ziel erreicht; d) ohne daß ein Schaden verursacht ist. Vergl. franz. C. p. 343, sard. 204.

[2]) Diese nahe Angliederung führt auf Tosk. 358f. zurück. Sard. folgte Frankr.: sard. 506 = franz. 345 (Personenstandsdelikt); sard. 494, 495 al. 1, 495 al. 2 = franz. 354, 355 und 356 al. 1, 356 al. 2: neben die Notzucht gestellt und also offen als Sittlichkeitsverbrechen aufgefaßt, ob. S. 453, II 2.

[3]) Stephan übersetzt hier unrichtig.

[4]) In diesem Ergebnis ebenso Argent. Entw. 1891.

[5]) Völlig abweichend Argent. Entw. 1891 Art. 173—176, der hier Spanien folgt. Entziehung eines Kindes unter 10 Jahren, sowie Unterlassung des Vorweisens oder der Auskunft über den Verbleib wird viel schwerer als einfache und selbst als geschärfte Freiheitsberaubung bestraft. Milder bestraft sind Fluchtunterstützung und Verbergen des entflohenen Minderjährigen unter 15 Jahren. Der Schutz der Elterngewalt ist aber auch hier ganz unzulänglich.

[6]) Er ist aber nicht konsequent, wenn er im Falle, daß die Minderjährigkeit früher endet als die elterliche Gewalt, auf die Überdauer der letzteren keine Rücksicht mehr nehmen will; a. O., vol. III § 1978.

[7]) Dafern er pubes ist; vorher ist der Konsens irrelevant und es liegt plagio proprio vor; Carrara a. O., vol. III § 1975f.

des tosk. GB. als eine Abzweigung des Menschenraubes und wird plagio improprio genannt.[1]) Wie jener kann es daher durch gewinnsüchtige Absicht zu rapina oder ricatto werden, oder durch sexuellen Zweck in ratto improprio umschlagen.[2]) Die Einfügung der solche Zwecke ausschließenden Subsidiaritäts- (oder besser Exklusivitäts-) Klausel geht auf diese Lehre Carraras zurück. Nur ist der im Art. 148 vorgenommene Ausschluß unvorsichtig weit; denn es gibt zwar eine Entführung oder Zurückhaltung Minderjähriger zum Zwecke der Unzucht oder der Ehe als eigenes Delikt, aber nicht eine solche zum Zwecke des Gewinnes.[3]) Eine Entführung des einwilligenden Minderjährigen, um pekuniären Gewinn aus ihm heraus zu schlagen, indem man ihn arbeiten, als Artist auftreten, betteln, Modell stehen läßt, oder ihn gegen Geld herumzeigt, fällt nicht unter Art. 148 und nur z. T. unter die lex Guerzoni vom 21. Dezember 1873. Dieses noch für gültig zu haltende[4]) Gewerbestrafgesetz verbietet nur die Beschäftigung fremder Kinder unter 18 Jahren bei der Ausübung des Artisten- oder anderer Jahrmarktsberufe u. dgl.

Der entführte Minderjährige kann nach ital. StrGB. zweifellos nur als Objekt, nicht als Subjekt in Betracht kommen.[5]) Die an sich ja auch durch ihn verletzbare elterliche Machtgewalt spielt, wie gezeigt, gewissermaßen nur zufällig und aushilfsweise die Rolle des verletzten Rechtsgutes. Sie ist das unechte Angriffsobjekt, und nur vermöge Reflexwirkung wird ihr Schutz zuteil. Sie tritt lediglich als Ersatz ein für die Lokomotionsfreiheit des Minderjährigen. Diese ist das echte Schutzobjekt, und sein Träger ist der Minderjährige selbst. Er kann sonach weder Mitschuldiger noch Teilnehmer sein, obschon es möglich ist, daß die entwickelte positive Tätigkeit zum größten Teile oder sogar ganz ihm zufällt;[6]) letzteres ist insbesondere bei der Begehung durch Zurückhaltung (ritenzione) denkbar, die sich häufig als Unterlassungsdelikt darstellen wird.

---

[1]) Pessina, Elementi § 72 zieht das ganze plagio incl. rapimento di minori unter seine Cattura privata.

[2]) Carraras Terminologie ist folgende: abduzione oder detenzione eines Minderjährigen (Toskana 358: impadronirsi) ist

	ohne Einwilligung	bei Einwilligung
ohne geschlechtlichen Zweck	plagio proprio	plagio improprio
bei geschlechtlichem Zweck	ratto proprio	ratto improprio

[3]) Der Entw. Zanardelli-Savelli 1883 Art. 134 hatte dem schon im früheren Entw. (Vigliani 1874 Art. 162) vorkommenden Ausschluß der sexuellen Absicht den des ricatto-Zweckes korrekt, aber unnötig beigefügt. Seit 1887 ist ohne Begründung statt „ricatto" gesagt „lucro"! — Im schweiz. Vorentw. 1903, Art. 114 Abs. 2 findet sich als eigenes Delikt: Kinderentführung zu eigennützigem Zweck. Japan Vorentw. 1899, Art. 286 macht ein eigenes Delikt aus der Entführung eines Menschen überhaupt in gewinnsüchtiger Absicht.

[4]) Majno, Commento no. 766; Crivellari V 547f. Anm. 7.

[5]) Carrara a. O. III § 1977 sagt von seinem Standpunkt aus, er sei weder agente noch paziente, sondern bleibe in einer situazione intermedia.

[6]) Crivellari V 549, no. 187.

V. Die Nötigung ist in Art. 154[1]) als Formaldelikt konstruiert; das momento consumativo liegt in der Anwendung der Gewalt[2]) oder der Drohung. Das Gesetz enthält zwei Grundfälle; der einfache erfordert die Absicht zu nötigen (per costringere); der schwerere tritt ein, wenn der Täter diese Absicht erreicht (se consegua l'intento). Das Verbrechen wird daher passender violenza privata, als coercizione[3]) oder costringimento genannt. Insbesondere bekämpfte Carrara die Auffassung als materielles Delikt und bezeichnete sie als eine Erfindung der Deutschen.[4]) In Wahrheit ist die bei uns eingeschlagene Weiterentwicklung des Begriffs als richtig anzusehen[5]), und bei Carrara bleibt unklar, warum er überhaupt die Nötigung als Delikt gegen die Freiheit auffaßt.[6]) Schon Carmignani erscheint in seiner Loslösung vom römischen Vis-Begriff fortgeschrittener.[7]) Die Konsequenz der Carraraschen und heutigen gesetzlichen Konstruktion ist, daß der Eintritt des bezweckten Erfolges als objektiver Straferhöhungsgrund angesehen wird, gleichgültig, wie geringfügig der Effekt sein mag, den zu beabsichtigen ja ohnehin geahndet wird. Mit Recht brachten Morini in der Camera dei Deputati und Brusa in der Revisionskommission hiergegen Bedenken vor.[8]) Auch weitere Punkte hängen mit der Formaldeliktsauffassung zusammen. Für die Nötigung durch Drohung liegt es nahe, sie nur als erschwerten Fall der Drohung ohne Nötigungsabsicht (Art. 156) anzusehen und alsdann die Qualität der zur Nötigung erforderlichen Drohung aus Art. 156 herzuholen. In der Tat fordert die Doktrin auch hier eine Drohung mit schwerem und gesetzwidrigem Schaden.[9]) — Das Verhältnis zur vis publica der Art. 187, 188, die ebenfalls Formaldelikt ist, ist kein scharf ausgeprägtes: die beiden Verbrechen können, und zwar als vollendete Verbrechen, in ihrer äußeren Gestaltung vollkommen identisch sein. Man wird zugeben, daß dies gerade keine erfreuliche Abmarkung der Tatbestände zweier in der modernen Auf-

---

[1]) Nach Tosk. 361, wo außerdem die Subsidiarität betont war, und nach Carrara a. O. II § 1562. Dagegen kannte Sard. nur die menaces sous condition nach franz. Muster.

[2]) Auch an Sachen nach Kassations-Entsch. 24. 6. 1890, Crivellari no. 256 I.

[3]) So Pessina, Elementi § 78 ff.; anders Manuale §§ 116, 118.

[4]) Carrara a. O. II §§ 1562, 1565, 1570. C. nimmt mit Unrecht an, daß nach deutscher Auffassung der Erfolg schon in dem inneren Akte der Entschlußfassung liege, statt in dem daraus entspringenden Verhalten. Bleibt dieses letztere aus, so ist es nur Versuch.

[5]) Weil sie den römischen Vis-Begriff überwindet und das Angriffsobjekt zum Kern des Begriffes macht.

[6]) Er sagt a. O. II § 1565, es liege im Wesen der Nötigung, daß die ganze Verbrecherischkeit im Mittel besteht; die wenn auch vergebliche Anwendung des Mittels überwiegt an Schwere das nicht erreichte Ziel oder steht ihm doch gleich (il mezzo esaurito supera o adegua in gravità politica il fine non attenuto).

[7]) Carmignani, Elementi [2] 1854, § 789 sieht zwar violenza pubblica als turbatio tranquillitatis publicae an; die violenza privata ist ihm aber nur straferschwerender Umstand bei einem anderen Delikt gegen einzelne.

[8]) Crivellari V 504, 510. — Argentinien Entw. 1891 art. 177 streicht alle Straferschwerungen.

[9]) Crivellari V 563 no. 214.

fassung gänzlich unverwandter Verbrechen ist. — Ein fehlgeschlagenes Verbrechen aus Art. 154 kann es logischerweise nicht geben, wie auch Carrara ausführt. Doch behauptet dieser weitergehend, daß auch das delitto tentato keinen Raum habe, worin ihm aber Crivellari für den Fall der Anwendung physischer Gewalt, tätlicher Drohung und schriftlicher Drohung widerspricht.[1])

Nach den Interpretatoren ist nicht strafbar die Hinderung an der Vornahme und an der Duldung von etwas Ungesetzlichem oder Unmoralischem, desgl. die Hinderung an der Unterlassung gesetzlicher Verpflichtungen.[2])

Die beiden Grundfälle können durch Anwendung verstärkter Mittel qualifiziert werden; al. 2 zählt sechs solcher Strafschärfungsgründe auf[3]), unter denen die Begehung mit Waffen hervorzuheben ist, weil der Gesetzgeber sich entgegen der sonst befolgten Maxime, Definitionen zu vermeiden, veranlaßt gesehen hat, den Begriff Waffe in Art. 155 genau zu bestimmen.[4]) Es sei erwähnt, daß Art. 154 bei dem eingeengten Tatbestand des Verbrechens gegen die Arbeitsfreiheit (Art. 166) auch auf den Zwang zum Streiken Anwendung finden kann.[5])

VI. Die Drohung, in älterer tosk. Auffassung zu den Injurien gestellt[6]), im Geist des franz. C. p. als entfernter Versuch[7]) aufzufassen, in Sard. 431 ff. zwar den franz. Distinktionen (oben S. 454) nachgebildet, aber unter die Verbrechen gegen die pubblica tranquillità[8]) rubriziert, gilt jetzt wie im tosk. GB. 1856 art. 362 als Freiheitsdelikt. Diese Auffassung hat Carrara glän-

[1]) Carrara a. O. § 1570 f.; Crivellari no. 219.

[2]) Peratoner p. 255 f. Zu weit geht Crivellari no. 218.

[3]) (1) mit Waffen; (2) von einer verkleideten Person; (3) von mehreren vereinigten Personen; (4) durch anonymes Schreiben; (5) in symbolischer Weise; (6) unter Verwendung der einschüchternden Kraft, die von wirklichen oder vorgeblichen geheimen Verbindungen ausgeht — echt italienisch. (4) und (5) scheiden für die Nötigung durch Gewalt aus.

[4]) Der Art. unterscheidet 1. tückische Waffen, Legaldefinition art. 470; 2. alle Waffen im technischen Sinn (bei Stephan unrichtig); 3. alle andern zur angriffsweisen Zufügung von Verletzungen geeigneten Werkzeuge. Ein Verbrechen ist mit Waffen begangen: a) wenn 1. oder 2. zur Verletzung beim Angriff gebraucht werden, vergl. art. 373; b) wenn 1., 2. oder 3. so getragen werden, daß sie Personen einzuschüchtern geeignet sind. Sind von Mittätern höchstens zwei bewaffnet, so muß den übrigen nach Art. 66 Kenntnis dieses straferhöhenden Umstandes nachgewiesen werden. Sind wenigstens drei offen (palesemente) bewaffnet gewesen, so ist jener Nachweis unnötig, art. 155 i. f.

[5]) Kassat.-Entsch. 28. 11. 1890; Crivellari no. 256 III.

[6]) Dagegen Carrara a. O. § 1573: Wer droht, hat nicht die Absicht die Ehre des andern zu schmälern; und objektiv wird durch Drohung weder der gute Name angeschwärzt, noch das Ehrgefühl verletzt (ein sentimento di vergogna erzeugt).

[7]) Carrara a. O.: Concetto falsissimo! Mit der Todesandrohung beginnt nicht der Ausführungsakt; wer droht, hat auch in den meisten Fällen nicht die Absicht zu töten, sondern Schrecken einzujagen.

[8]) Carrara a. O.: Hier wird der indirekte Schade mit dem direkten verwechselt. Unter ersterem Gesichtspunkt können aber alle Verbrechen solche gegen die öffentliche Ruhe und Ordnung genannt werden. Ein Kriterium für die Abgrenzung der Deliktsklassen kann das nicht sein.

zend verfochten. Nach ihm muß diese Konstruktion — Angriff auf die „innere“ Freiheit, Einengung der Fähigkeit, sich nach eigenem Belieben zu bestimmen — sogar als „letztes Wort der Wissenschaft“ erachtet werden.[1]) Indessen bleibt dabei offen, ob die Drohung Verletzungs-, konkretes oder abstraktes Gefährdungsverbrechen sein soll. Nach Carrara, dem tosk. und dem heutigen ital. StrGB. samt Theorie und Praxis ist sie aber Formaldelikt! Dennoch soll, obwohl hiernach die Furchterregung vollkommen gleichgültig bleiben muß[2]), die Größe des Verbrechens von der Größe der erregten Furcht abhängen.[3]) Jedenfalls ist erforderlich Eignung einzuschüchtern (attitudine d'intimorire), aber auch genügend.[4]) Hierin muß auch die Scheidung von bloßen Verwünschungen gefunden werden.[5]) Desgl. fallen unsinnige und unmögliche Androhungen oder Anwünschungen nicht hierher. Carrara (§ 1578) ist geneigt, auch in höchster Zorneserregung ausgestoßene Drohungen auszunehmen, weil sie lächerlich oder verächtlich seien und keine ernsthafte Furcht zu erwecken vermöchten. Er fordert zur Strafbarkeit der mündlichen Drohung Überlegtheit. Auch Majno (Commento no. 792) und Crivellari (V 574 no. 231) verlangen, daß sie kalten Blutes, con animo freddo e deliberato geschieht[6]). — Der Aufbau des Art. 156 ist so, daß drei Stufen von Drohungen zu unterscheiden sind.[7]) Der leichteste Fall, als subsidiär bezeichnet, ist in Abs. 3 enthalten. Den einfach erschwerten Fall bildet die Drohung mit schwerem und rechtswidrigem Nachteil (Abs. 1).[8]) Doppelt erschwerte Fälle werden nach Abs. 2 durch die gleichen sechs Qualifikationsgründe hergestellt wie bei der Nötigung. Unter ihnen sind besonders wichtig: 1. die Drohung in symbolischer Weise, für die man in Italien gern den alten Namen Scopelismus verwendet, und in der man bisweilen auch ein eigenartiges Verbrechen gegen die pubblica tranquillità sah[9]); 2. die Drohung mittels anonymen Schreibens, deren höhere Strafbarkeit aus der größeren Intensität der Überlegung abgeleitet wird. Ein fehlgeschlagenes Verbrechen kommt auch bei diesem Formaldelikt nicht in Betracht; das delitto tentato ist bei schriftlicher Drohung denkbar.[10]) Wer den Drohbrief diktiert, wer ihn schreibt,

[1]) § 1575: „la sua ultima sillaba“.

[2]) Carrara a. O. § 1585. Kass.-Entsch. 7. 7. 1892; Crivellari no. 258 VIII; abweichend Pessina, Manuale § 119.

[3]) Carrara a. O. § 1579.

[4]) Crivellari V 576 no. 234. Anwesenheit des Bedrohten unnötig, Kass.-Entsch. 30. 3. 92; Crivellari no. 256 VII.

[5]) Nicht unzweifelhaft. Cosentino zu Sard. GB. Art. 431; Carrara a. O. § 1577; Crivellari V 576 Anm. 2.

[6]) Ebenso nach Sard. art. 432, Entsch. Turin 22. 10. 66; 18. 5. 70; Crivellari no. 246 I, III.

[7]) Argent. Entw. art. 178f. hat nur die einfache Drohung und die Drohung mit bestimmten Verbrechensarten.

[8]) Über die hierbei nötige Beschaffenheit des Vorsatzes Entsch. bei Crivellari no. 258 II, III, V.

[9]) Carrara a. O. §§ 1579—82; Crivellari V 473 no. 124, 575 no. 233, 568 no. 221.

[10]) Carrara a. O. § 1585; Crivellari no. 237.

wer ihn austrägt, — sie sind alle gleichstehende correi.[1]) Streitig ist, ob die Anreizung, ein Verbrechen zu begehen (istigazione a delinquere), unter die Drohung falle.[2])

VII. Der Hausfriedensbruch, violazione di domicilio, war, wie in Frankreich vor 1832, den GB. von Neapel und Parma als ein Delikt Privater unbekannt geblieben. Im Kirchenstaat (Regolamento 1832) wurde das österr. zweiaktige Verbrechen (Eindringen und Gewaltausübung) nachgeahmt. Sardinien schützte das durch die Verfassung garantierte Hausrecht: in der Formulierung dem franz. C. p. 184 ähnlich, strafte art. 205 den Beamten, 206 den Privaten; nur Eindringen, nicht Verweilen war verpönt. Zu den Angriffen gegen die Freiheit stellte tosk. GB. 363[3]) das Eindringen und das Verweilen in fremder Wohnung. Diese Beziehung zur Freiheit vertreten auch Carrara, Pessina u. a.[4]); leider mehr in rhetorischen und poetischen Worten als mit Gründen. Abgelehnt wird jedenfalls die Richtung gegen das Eigentumsrecht[5]), und in Konsequenz dessen wird unbedingt kein Hausfriedensbruch darin gesehen, wenn ein Freund des Dienstboten von diesem gegen den Willen des padrone eingelassen wird.[6])

Der heutige Art. 157, der das Privatendelikt behandelt, steht zwar, wie in Tosk., bei den Freiheitsdelikten, ist aber[7]) wie Sard. von der Auffassung beherrscht, daß hier die verfassungsmäßige inviolabilità del domicilio geschützt wird. Dem entspricht, daß dieser strafrechtliche Schutz nur der Wohnung und ihren Dependenzen, nicht aber anderen Räumen[8]) zu gute kommt. Das Grunddelikt wird durch willkürliches Eintreten oder Sich-auf-halten entweder a) gegen das Verbot des Berechtigten oder b) heimlicherweise oder c) mittels Täuschung begangen. Die Aufnahme der Modalitäten b und c ist anerkennenswert, da alsdann nicht erst wie in Deutschland und anderen Ländern die Praxis einen konstruktiven Hausfriedens-

---

[1]) Art. 63. Carrara a. O. § 1586 machte gegen die ältere abweichende Meinung Front.

[2]) Impallomeni II no. 304 sieht eine minaccia indiretta, Carrara a. O. II §§ 1591 ff. ein eigenartiges Freiheitsdelikt darin. Dagegen Majno no. 801 und nach ihm Crivellari no. 236.

[3]) Beamtendelikt in Art. 190 § 2 mit sehr gelinder Strafe cf. Frankreich oben S. 453 f. Carrara a. O. II § 1660.

[4]) Carrara a. O. II § 1651; Pessina, Manuale (1895) § 120; Peratoner, Delitti contro la libertà, p. 265 f.

[5]) Carrara a. O. II § 1656. Es sei ein der Persönlichkeit inhärierendes Recht „che irraggia nell' ambiente destinato al di lei ricovero".

[6]) Carrara, ebenda, Anm.; Crivellari V 611 n. 281; Majno, Commento no. 808. Anders die Praxis zu Cod. sard. Entsch. Rom 9. 7. 1883, zu Cod. tosk. Entsch. 5. 12. 1863, jetzt Kass.-Hof 8. 1. 1891; Crivellari no. 294 VII, no. 296 IV, no. 297 II.

[7]) Vergl. die Überschrift des capo.

[8]) Argent. Entw. Art. 180 stellt auch die Geschäftsräume und den eingeschlossenen Platz gleich und wiederholt in Art. 182 den beachtenswerten Rechtfertigungsgrund Spaniens, oben S. 454 Anm. 3.

bruch zu schaffen braucht.[1]) Neben dem einfachen stehen vier erschwerte Fälle.[2]) Die Möglichkeit des Versuchs wird für alle Gestaltungen zu bejahen sein.[3])

[1]) Argent. Entw. redet vom Eintreten contra la voluntad expresa ó presunta.

[2]) 1. Nachts (Zanardelli Art. 152 wollte definieren: 1 Stunde nach Sonnenuntergang bis 1 Stunde vor Aufgang; jetzt ist das Ermessen des Richters maßgebend, Crivellari V 613); 2. mit Gewalt gegen die Person; 3. mit Waffen (Zanardelli: von einer offen bewaffneten Person) — vergl. Art. 155; 4. von mehreren vereinigten Personen.

[3]) Crivellari V 614 no. 287. Entsch. Kass.-Hof Turin 9. 12. 1881 zu C. p. sard. art. 205 und Cass. Unica 17. 1. 1891; Crivellari no. 294 II, no. 297 I.

7. Niederlande.

Der kurzen Geltung des zwar harten und selbst rohen, aber eigenartigen, nationalen und hochstehenden Crimineel Wetboek 1809[1]) folgte die lange Herrschaft des franz. C. p. Das GB. 1881/86[2]) erst hat mit dieser gebrochen, um nunmehr — unbeschadet der Selbständigkeit und dem hohen Wert, der in allgemeinen Fragen und insbesondere in der Ausgestaltung der Freiheitsstrafe diesem GB. zukommt — eine starke Anlehnung an das deutsche Vorbild, wenigstens in unserer Materie, an die Stelle treten zu lassen, die sich zum Teil bis in Detailfragen der Praxis erstreckt. Daneben ist in manchen Punkten englischer Einfluß zu verzeichnen, in einigen wenigen auch französischer oder richtiger belgischer. Die Freiheitsverbrechen umfassen mit die Entführung, sie umfassen nicht den Hausfriedensbruch — ganz wie in Deutschland.[3])

I. An der Spitze des Tit. XVIII steht der Sklavenhandel; Art. 274 bis 277 gehen inhaltlich zurück auf Gesetze von 1818 und 1824, die nach englischem Muster Ausrüstung, Versicherung von Sklavenschiffen, Dienstnehmen in höheren und in niederen Chargen usw. aufzählten und als Seeraub behandelten. Strafbar ist heute zunächst, wer Sklavenhandel treibt, wobei Streit darüber herrscht, ob Berufsmäßigkeit erfordert wird, oder wenigstens die einzelne Tat Teil einer Reihe gleichartiger Handlungen sein

[1]) Tit. 12: Zwang, Gewalt und Drohungen: Art. 156 ff. Menschenraub, 159 carcer privatus, 160 extorsion de signature, 161 Erpressung durch Mordbriefe, 162 andere Drohungen, 163 Einsperrung in Überschreitung des Züchtigungsrechtes. Tit. 14, Hauptst. 1, Brandstiftung, Hauptst. 2, Art. 181—184 Drohung damit. Art. 205, 214 Vermutung der Diebstahlsabsicht bei Einschleichen und Einbruch in fremde Häuser (burglary). Tit. 16 Art. 238 ff. Kinderdieberei. Es ist Einwirkung aller drei Rechtskreise, des deutschen, englischen und französischen (wohl C. p. an IV), zu verspüren.

[2]) Abkürzungen im folgenden: OStC. = Ontwerp der Staatscommissie (Entw. der 1870 eingesetzten Staatskommission) 1875. ORO. = Oorspronkelijk Regeerings-Ontwerp, Regierungsentw. 1879. GO. = Gewijzigd Ontwerp (Abgeänderter Entw.) 1879/80, Drucks. 47, No. 28. Wtb. (Wetboek) oder GB. (Gesetzbuch) = geltendes Recht. Wijz.O. = Wijzigings-Ontwerp (Entw. einer Novelle) des Ministers Cort van der Linden, 1900. — Noyon = Noyon, Het Wetb. . . . verklaard, 3 Bde., 2. Aufl. Groningen 1904, 1905.

[3]) Daß die Freiheitsverbrechen in Niederl. „vorbildlich“ geregelt seien, van Swinderen, Esquisse II 150, muß bestritten werden.

muß.[1]) Auch ein unter dem Namen des Kulitransportes gehender verdeckter Sklavenhandel ist hierher zu subsumieren.[2]) Gleichgestellt ist der mittelbare oder unmittelbare Teilnehmer. Da „deelneming" kein technischer Ausdruck ist, so haben wir hier ein delictum sui generis, bei dem es wiederum „daders" (Art. 47) und „medeplichtige" (Art. 48), in Wahrheit also Teilnehmer an einer Teilnahme geben kann. Es folgt das Dienstnehmen[3]) des Schiffers (Art. 275) und des Schiffsmannes (Art. 276) auf einem Fahrzeug in Kenntnis davon, daß es zum Sklavenhandel bestimmt ist (oder für den Schiffsmann: daß es dazu gebraucht wird); beim Schiffer steht diesem Wissen gleich, wenn er das Fahrzeug zum Sklavenhandel gebraucht. Dem Dienstnehmen steht beim Schiffer gleich das Diensttun; beim Schiffsmann, daß er freiwillig in Dienst verbleibt, nachdem er die Bestimmung oder den Gebrauch des Schiffes erfahren hat.[4]) Durch das im ORO. eingeschobene Wort „freiwillig" ist ohne rechten Grund für die Berufung auf overmacht (Zwang, Art. 40) ein Unterschied zwischen Schiffer und Schiffsmann gemacht. Der Schiffer hat die Beweislast für den Entschuldigungsgrund, der Schiffsmann nicht.[5]) Noch in einer Beziehung wird der Schiffer ungünstiger behandelt, für ihn bildet der Tod von Sklaven infolge des Transportes einen objektiven Straferschwerungsgrund. Subjektiv wird freilich häufig Gefährdungsvorsatz gegeben sein; ja, die Begründung zu OStC. 302 meinte sogar[6]), der schwere Fall werde die Regel bilden, die Lebensgefahr gehöre zwar nicht zu den essentialia, aber zu den naturalia dieses Verbrechens. Schließlich stellt Art. 277 das Verheuern, Verfrachten und Versichern von Sklavenschiffen unter Strafe. Es sind demnach nicht alle Ausrüstungshandlungen getroffen, z. B. nicht die Mitwirkung zur Ausmusterung der Mannschaft.[7])

II. Der Menschenraub (der den Sklavenraub mit decken muß, Art. 3, 5, 2°) weist den zweiaktigen Typus auf und verbindet zwei sehr verschiedene Verbrechen in einem Mischtatbestand (deutsch. StrGB. 234). Er besteht im Wegführen[8]) eines Menschen über die Grenzen des Reichs in Europa entweder 1. mit der Absicht, ihn widerrechtlich unter die Macht eines anderen zu bringen; oder 2. ihn in hilflosen Zustand zu versetzen.

[1]) So Besier, Rechtsgeleerd Magaz. 20, 89. Dagegen Noyon III 58 no. 2. Das Wtb. voor Europeanen in Nederl.-Indië, sowie Wijz.O. 1900 lassen eine Einzelhandlung genügen.

[2]) Memorie van Toelichting (Motive zu OStC. Art. 302, ORO. Art. 295).

[3]) Verpflichtung genügt, Antritt wird nicht erfordert. Noyon III 59 no. 2.

[4]) Das HandelsGB. Art. 440, 7° (Fassung v. 26. 4. 1884) gibt ihm ein ausdrückliches Weigerungsrecht. Fruin, De Wetboeken, 4. Aufl., 1898 S. 548.

[5]) Smidt, Geschiedenis II 407, Advies van den Raad van State. Noyon III 59 no. 1.

[6]) Mem. v. Toel., blz. 200.

[7]) Noyon III 61 no. 1. Der Anmusternde wäre höchstens „medeplichtig" am Verbrechen des Art. 276; also beträgt das Maximum nach Art. 49 6, nicht 8 Jahre. — HandelsGB. Art. 599, 4°, 5° erklärt Versicherungsverträge erwähnter Art für nichtig.

[8]) Nicht z. B. im Unternehmen einer ausländischen Reise, wozu der andere sich freiwillig bequemt, Noyon III 62.

Nr. 2 ist eine nicht hergehörige Lebens- und Gesundheitsgefährdung. Nr. 1 wird in der Mem. v. T. als ein durch die längere Dauer (meerdere duurzamheid) erschwerter Fall der Freiheitsberaubung angesehen und scheint auf einer Art gegenseitigen Mißtrauens der Kulturvölker zu beruhen — wenigstens ist die Begründung von diesem Standpunkt geschrieben.[1] Im Inland, so heißt es dort, sei nur Einschließung denkbar, das Opfer stehe unter dem Schutz der niederl. Gesetze[2]) und habe in der Sprachgemeinschaft das Mittel, sich Hilfe zu verschaffen usw. Alles das ist fadenscheinig und paßt nicht auf die Wegführung eines sprachunkundigen Ausländers ins Inland. — Bestritten ist, ob die Verbringung eines Geisteskranken in eine ausländische Irrenanstalt hierherzuziehen ist.[3]) Lückenhaft ist das Gesetz, indem es die Wegführung, um die Person unter die eigene Macht des Täters zu bringen, straflos läßt. Der WijzO. 1900 wollte das ändern.

III. Die Entziehung Minderjähriger, Kinderraub, Kinderdieverij (so GB. 1809) ist die Verletzung der elterlichen und ähnlicher „Gewalt".[4]) Ebenso wie in Deutschland ist nicht streng geschieden und war in dem Entw. sogar mitten dazwischen gestellt die Entführung von Frauenspersonen zu geschlechtlichem Zweck.[5]) Ein Alter des Kindes unter 12 Jahren ist ein objektiver Erschwerungsgrund.[6]) Im übrigen ist das Alter gleichgültig, und in Niederland endigt die Minderjährigkeit erst mit 23 Jahren (borg. Wtb. 385). Gleichgültig ist stets die Einwilligung, gleichgültig der gewinnsüchtige oder unzüchtige Zweck.[7]) Die beiden bedrohten Verbrechen sind 1. Art. 279: Entziehung des Minderjährigen, qualifiziert durch Anwendung von List, Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt. Die Mittel müssen bei Minderjährigen über 12 Jahren gegen diese selbst angewendet sein.[8]) 2. Art. 280 bestraft

[1]) Mem. zu OStC. 305 blz. 201, zu ORO. 298, Smidt, Geschiedenis II 408f.

[2]) Man denke an die friendly assistance der engl. Gesetze, ob. S. 428 Anm. 6.

[3]) Polenaar u. Heemskerke: ja, Noyon: nein, indem er auf das Irrengesetz $\frac{27.\ 4.\ 1884}{7.\ 12.\ 1896}$ Art. 26 (Fruin S. 1441) verweist; dort sind auch ausländische Anstalten anerkannt.

[4]) Dies bedeutet „gezag" in art. 279. Teichmann (Beilage der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft) übersetzt falsch: „Behörde". Vergl. Art. 253, Smidt, Geschiedenis II 410.

[5]) Schaking — schon im GB. 1809 von Kinderdieverij, art. 238ff., getrennt und als Sittlichkeitsverbrechen hinter Ehebruch, Notzucht, Beischlafserschleichung, Kuppelei gestellt, art. 354ff. — Der Zweck einer einmaligen geschlechtlichen Gemeinschaft (voor éénen keer) genügt heute nach der Rechtspr. des Hooge Raad 3. 12. 1888 und des Hooge Milit. Gerechtsh. 15. 9. 1899. Noyon III 69.

[6]) Diese Absicht erhellt am deutlichsten aus der Fassung von OStC. 306. Noyon III 67 no. 1.

[7]) In den Entw. bei Entziehung wie bei Verbergen Qualifikationsgrund, OStC. 306, 308; ORO. 299, 302. Der Minister erklärte es in der Kommission für bloße Strafzumessungsgründe: Tatbestandsmerkmal sei nur der geschlechtliche Zweck bei schaking (Frauenraub, art. 281). Smidt, Geschiedenis II 415f.

[8]) Modderman in der Regierungsantwort auf Verslag der II. Kammer, Drucksachen, Sitzung 1879/80, 47 Nr. 25 blz. 152. Noyon III 66 no. 5. Dagegen Polenaar u. Heemskerke no. 6. — Wegen der Gewalt siehe unten S. 473 Anm. 4.

den, der einen Minderjährigen, der schon entzogen ist oder sich selbst entzogen hat, a) verbirgt oder b) der amtlichen Nachspürung entzieht. Damit wird die Grenze zwischen Entziehung und Selbstentziehung wichtig. Zustimmung und selbst Initiative des Minderjährigen schließt erstere nicht aus; Rat und Überredung allein genügen nicht.[1]) Es muß tatsächliche Mitwirkung oder physische Beihilfe beim Entfliehen verlangt werden.

IV. GB. 282 straft die vorsätzliche, 283 die fahrlässige Freiheitsberaubung.[2]) In beiden Fällen bildet schwere Körperverletzung einen niedrigeren, Todeserfolg einen höheren objektiven Straferschwerungsgrund. Die Handlung besteht im Berauben oder Beraubthalten; beim vorsätzlichen Delikt ist unter Abweichung von den Teilnahmegrundsätzen nach franz. Muster das Verschaffen eines Platzes zu der vrijheidsrooving der Haupthandlung gleichgestellt. Ausdrücklich verworfen ist eine Strafabstufung nach der Dauer der Einsperrung, da diese Differenzierung nur auf den Grad, nicht auf die Art der Handlung gehe.[3]) Die Entwürfe[4]) hatten ein besonderes Delikt daraus gemacht, daß jemand widerrechtlich die Aufnahme einer Person in eine Irrenanstalt veranlaßt.[5]) Die Aufnahme selbst sollte unter das Hauptdelikt fallen; der sonst straferschwerende Erfolg sollte, als hier niemals direkt verursacht, keinen Qualifikationsgrund bilden. Infolge der Bemerkungen in der Kommission der 2. Kammer wurde der ganze Artikel gestrichen[6]), da die Handlung bereits unter Art. 282 falle und die Ausstellung oder Verwendung falscher ärztlicher Atteste, um die Aufnahme in eine Irrenanstalt zu veranlassen, durch Art. 228 Abs. 2 u. 3 getroffen sei. Infolge der Weglassung wurde die Strafe des Hauptdelikts von 6 auf $7\frac{1}{2}$ Jahre erhöht und der Fahrlässigkeitsparagraph[7]) zu seiner jetzigen allgemeinen Fassung erweitert. Die Bestimmungen gelten auch für Beamte als Täter[8]); eine besondere Amtsübertretung, ordnungswidrige Aufnahme in eine Gefangenen-, Zwangserziehungs- oder Irrenanstalt ist in Art. 464 edroht.

Die Doktrin verlangt, daß es auf eine Freiheitsbeschränkung von einiger Dauer abgesehen sei[9]), so daß nicht jedes Anhalten, Festhalten oder Festbinden hierher fällt, sondern event. Art. 284 anzuwenden ist. Die Frage, ob ein Gefangener Objekt des Verbrechens sein könne, wird verneint, da durch Fesselung u. dgl. die Freiheitsberaubung ihm gegenüber wohl ver-

[1]) Rechtbank 's Gravenhage 12. 11. 1894 „Weekbl. 6586". Noyon III 65.
[2]) „Vrijheidsrooving" ist die gesetzliche technische Bezeichnung; nicht „-berooving", das Prof. de Vries aus sprachlichen Gründen bekämpfte. Smidt, Geschiedenis II, 418.
[3]) Mem. v. Toel. zu OStC. art. 310, blz. 203.
[4]) OStC. 312, ORO. 305.
[5]) Opzettelijk . . . wederrechtelijk doet opnemen.
[6]) Drucks. (Zitting. 1879/80) Nr. 47 blz. 155.
[7]) OStC. 313 = ORO. 306 bezog sich nur auf fahrlässige Nichtentlassung des Gesunderklärten aus der Irrenanstalt.
[8]) Anders im Entw. Jetzt ist Begehung im Amt allgemeiner Straferhöhungsgrund, Art. 44.
[9]) Noyon III 74f.

schärft, aber nicht zuwege gebracht werden könne. Nicht unter Art. 282 fällt es, wenn jemand nur durch Bedrohung an einem Orte festgehalten, oder wenn er in hypnotischen Zustand versetzt wird, so daß ihm Entfernung unmöglich ist.[1])

V. Nötigung (Dwang), etwas zu tun, nicht zu tun oder zu dulden, ist ein für die Niederlande ganz neues, von Deutschland entlehntes Verbrechen.[2]) Es wird nach Art. 284, 1° bestraft, wenn das Mittel Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt[3]) ist; nach Art. 284, 2°, wenn das Mittel Bedrohung mit Schmähung (smaad) oder Schmähschrift (smaadschrift) ist. Zu 1° ist von besonderer Wichtigkeit, daß Art. 81 der Gewaltanwendung gleichstellt das Bringen in einen Zustand von Bewußtlosigkeit oder Ohnmacht[4]); somit ist auch die Drohung mit Betäubung ein geeignetes Nötigungsmittel. Da Z. 1° auch auf den nicht besonders bedrohten Koalitionszwang mitgemünzt ist, so kann es nicht wundernehmen, daß der Generalausstand der Eisenbahner im Anfang des Jahres 1903 Anlaß gab, den Schutz der Arbeitswilligen durch Erweiterung der allgemeinen Nötigungsmittel zu verstärken.[5]) Es wurde in Z. 1° neben die Gewalt jede andere Tätlichkeit (feitelijkheid) und Bedrohung mit solcher gestellt. Der Vorschlag in der 2. Kammer, lieber „Handgreiflichkeiten“ zu sagen, wurde vom Justizminister als zu eng unter Verweisung auf Art. 266 (Beleidigung durch Tätlichkeiten) abgelehnt. Es werden hierher zu ziehen sein alle Handlungen, die einerseits nicht unter den Begriff von Gewalt fallen, andrerseits nicht lediglich im Aussprechen von Worten bestehen. Sie müssen so beschaffen sein, daß sie unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise jemand wider Willen zu dem bringen können, was von ihm verlangt wird.[6])

Auch im niederl. GB. besteht wie in Deutschland eine Inkongruenz zwischen den Nötigungs- und den Erpressungsmitteln. Wer, um sich oder einem anderen einen widerrechtlichen Vorteil zu verschaffen, jemanden zur Herausgabe von Sachen, zur Eingehung einer Schuld oder Aufgabe einer Forderung zwingt, begeht eine Abpressung (afpersing), wenn er die Mittel des Art. 284, 1° älterer Fassung anwendet; — eine Abdrohung (afdreiging),

---

[1]) Das Hindernis für die Betätigung der Lokomotionsfreiheit muß ein mechanisches sein, Noyon III 73, vergl. Hooge Raad 19. 4. 1900 „Weekbl. 7424“.

[2]) Das erklärt vielleicht die Verständnislosigkeit bei van Swinderen, Esquisse II 156.

[3]) Eine Minderheit der Kommission wollte in mehreren Art., die von „Bedrohung mit Gewalt“ reden, das „mit Gewalt“ streichen, Smidt, Geschiedenis II 60f. Verslag der Commissie, Drucks. 47 Nr. 25, blz. 80.

[4]) Der Advies des Staatsrates wollte in den Tit. Mishandeling die Versetzung in Bewußtlosigkeit als del. sui generis aufnehmen. Der Rapport aan den Koning fügte einer Reihe von Art. einen besonderen Absatz bei, der Betäubung der Gewalt gleichstellte. Hieraus ist dann der neue Art. 81 im allg. Teil geworden, Smidt II 448.

[5]) Gesetz vom 11. 4. 1903, über dessen Vorgeschichte und Materialien van Swinderen, Esquisse Bd. V (1903) S. 403—406 höchst genau berichtet. Daß Sw. nur mit größter Vorsicht zu benutzen ist, zeigt der S. 402 gegebene franz. Text des neuen Gesetzes, der in Art. I drei starke Fehler enthält.

[6]) Noyon III 79, vergl. III 39f.

wenn er die Mittel des Art. 284, 2° anwendet, oder wenn er mit der Offenbarung von Geheimnissen droht. Das letztere fehlt zu Unrecht im Nötigungsparagraphen. Da die Beleidigungsarten smaad und smaadschrift einen genau präzisierten und von verleumderischer Anklage (lasterlijke aanklacht) verschiedenen Sinn haben (Art. 261, 268)[1]), so kann die Drohung mit verleumderischer Anklage, da ja solche meist unter die Offenbarung[2]) von Geheimnissen fällt, wohl Erpressung, aber nicht Nötigung involvieren. Geht der Zwang nicht auf eine vermögensrechtliche Disposition, sondern auf Vornahme einer pflichtwidrigen oder unmoralischen, z. T. auch unzüchtigen Handlung, so ist keine Strafbarkeit gegeben. Mit Recht machte dies Vening Meinesz in der 2. Kammer[3]) geltend, wenn er auch ungeschickterweise von gewerbsmäßiger „chantage" sprach. Die Antwort des Ministers Modderman ist durchaus unbefriedigend. Das StrGB. für die Europeanen in Niederl.-Indien hat auch die verleumderische Anklage unter die Nötigungsmittel aufgenommen.

VI. Von Drohungen werden in Art. 285 Abs. 1 nur 7 schwere Fälle unter Strafe gestellt.[4]) Sie werden nach Abs. 2 dadurch qualifiziert, daß sie schriftlich und unter einer bestimmten Bedingung geschehen. Diese Reminiszenz an das franz. Recht vermischt den Bedrohungs- und den Nötigungstatbestand: es liegt hier einfach eine versuchte Nötigung vor. Nur hier ist die Drohung unzweifelhaft Freiheitsdelikt, im übrigen bereitet ihre systematische Auffassung auch in Holland Schwierigkeiten. Noyon (III 81 f.) sagt, sie richte sich eher gegen die persönliche Ruhe, das Gefühl der Sicherheit; ein Freiheitsdelikt sei sie nur, weil die Freiheit beeinträchtigt werden könne. Die durchaus herrschende Meinung geht deswegen dahin, daß im Bedrohten nicht wirklich Furcht erweckt zu werden brauche[5]), das Vorliegen des Verbrechens hängt also nicht von der Empfänglichkeit des Bedrohten für Eindrücke ab. Es fragt sich aber weiter, ob es erforderlich ist, daß der Bedrohte Kenntnis von der Bedrohung erhalten hat. Dies nahm der Hooge Raad[6]) an, aber es müßte zu sehr eigentümlichen Konsequenzen führen. Die Vollendung könnte durch einen zufälligen Umstand eintreten,

---

[1]) Bei smaad wird ein bestimmtes Faktum (mit dem erkennbaren Zweck, es ruchbar zu machen, vorgeworfen; bei smaadschr. geschieht dies durch verbreitete oder ausgestellte Schriften oder Abbildungen. Die lasterlijke aanklacht besteht im Einbringen einer Klage oder Denunziation.

[2]) Openbaring — nicht notwendig „Verletzung" (schending) eines Geheimnisses, also nicht notwendig das Verbr. des Tit. 17, Art. 272f. Modderman in II. Kammer, Smidt II 421. Teichmann übersetzt ungenau.

[3]) Sitzung v. 4. 11. 1880, Smidt II 421ff.; Noyon III 79 no. 5.

[4]) Drohung mit 1. offener Gewalt mit vereinigten Kräften gegen Personen oder Sachen — in der T.schen Übers. sind durch ein unrichtig eingefügtes Komma zwei Fälle daraus geworden; 2. Verbrechen, wodurch die allgemeine Sicherheit von Personen oder Sachen gefährdet wird; 3. Notzucht; 4. tätlicher Angriff auf die Ehrbarkeit; 5. Verbrechen gegen das Leben; 6. schwerer Mißhandlung; 7. Brandstiftung.

[5]) Noyon a. O., Entsch. des Hooge Raad vom 8. 2. 1897, 30. 1. 1899, 29. 2 1904 „Weekbl. 6926, 7240, 8040".

[6]) Arrest 8. 2. 1897 „Weekbl. 6926", Noyon III 82f.

der ganz außer dem Einfluß des Täters liegt. Nicht seine Handlung, sondern die des Überbringers einer Mitteilung von der ausgestoßenen Drohung würde den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeiführen und auch auf die Verjährung bestimmend einwirken. Inzwischen müßte Versuch vorliegen. Nach Noyons Meinung wäre die Annahme konsequenter gewesen, daß es keine mündliche Bedrohung gibt außer einer in Gegenwart (ten aanhoren) des Bedrohten ausgesprochenen. Noyon selbst begnügt sich mit der Möglichkeit der Kenntnis durch den Bedrohten. Ist diese Möglichkeit gegeben, so ist das Delikt vollendet; einen Versuch gibt es nicht. Nicht strafbar ist hiernach die gegen einen Ohnmächtigen geäußerte Drohung, die unhörbar ausgesprochene, die niedergeschriebene, die der Täter noch in Händen hat. Bedrohung ist der Ausdruck eines Vorhabens; wird bereits der Weg zur Ausführung eingeschlagen, so liegt keine Bedrohung mehr vor.[1]) Das Vorhaben braucht aber nicht zu bestehen, braucht auch nicht als feststehend zu erkennen gegeben werden.

VII. Die Art. 138, 139 trennen den Hausfriedensbruch in privaten Räumen und in für den öffentlichen Dienst bestimmten — letzterer ist im einfachen Fall mit gleicher Geld-, aber geringerer Freiheitsstrafe bedroht; im übrigen gehen aber beide Art. genau konform. Es wird das Eindringen und das Verweilen nach Aufforderung zur Entfernung als einfacher Fall bestraft; schwerer strafbar ist es, wenn der Täter α) Bedrohungen äußert oder β) sich solcher Mittel bedient, die geeignet sind, Furcht einzujagen[2]); sowie ferner, wenn zwei oder mehrere vereinigte Personen das Verbrechen als Täter begehen.[3])

Nicht im Gesetz, wohl aber in den Motiven und in der Doktrin wird das entlehnte Wort „huisvredebreuk" gebraucht. Dies in Verbindung mit einer Äußerung Moddermans hat zu der Frage Anlaß gegeben[4]), ob zum Tatbestand des Art. 138 (im Gegensatz zu Art. 139) eine tatsächliche Störung des Friedens, der Stille im Hause gehöre, und ob der Täter den entsprechenden Vorsatz haben müsse. Der Minister hatte nämlich die beiden Artikel in bezug auf das Schutzobjekt einander gegenüber gestellt[5]): Art. 138 gelte dem eigentlichen Hausfriedensbruch, während Art. 139 sich auf öffentliche Diensträume bezieht, die (sehr richtig!) nicht zur Rast und Ruhe bestimmt seien. Noyon will Friede gleich Befriedigung verstehen, so daß Hausfriedensbruch gleich Verletzung der Hausgrenze sei. In Wahrheit handelt es sich um einen überkommenen Namen, der nur noch historischen Gehalt hat. Man wird jedoch die durch die beiden Art. geschützten Interessen für ganz

[1]) Noyon III 84, no. 5, 6. Abschießen eines Gewehres in der Richtung auf jemanden mit dem Zweck, Furcht einzujagen, hat den Charakter einer Bedrohung. Schießen auf jemanden (um zu treffen) würde ihn nicht mehr haben.

[2]) α fällt unter β! Noyon II 148 no. 20.

[3]) Erhöhung um $^1/_3$ sowohl für den einfacheren Fall wie für die schwereren α und β.

[4]) Polenaar u. Heemskerke no. 1. Noyon no. 1, Anm. 1 zu art. 138.

[5]) Antwort des Ministers auf Verslag der Commissie zu ORO. 148, Drucks. 1879/80, 47 Nr. 25 blz. 88.

verschiedene anzusehen haben[1]) — ein Punkt, der schon bei Deutschland gestreift wurde. Das verwaltungsrechtliche Interesse des Staates und anderer öffentlicher Körperschaften an der Ungestörtheit des Dienstbetriebes ist in Holland wie bei uns zusammengekoppelt mit einem Interesse des Einzelnen an ungestörter Betätigung seines Willens in einer ganz bestimmten Beziehung. Bei uns hat dies dazu geführt, auch aus der Dienststörung ein Antragsdelikt zu machen; in Holland umgekehrt dazu, beide zu Offizialdelikten zu erheben.

Übrigens ist auch der sogen. Hausfriedensbruch weit über seinen ursprünglichen Sinn erweitert. Der Wohnung ist die abgeschlossene Räumlichkeit (besloten lokaal) und das abgeschlossene Grundstück (erf) gleichgestellt und nur bei allen dreien verlangt, daß sie ein anderer als der Täter in Gebrauch hat. Die Nennung der Wohnung erscheint hiernach sogar überflüssig.[2]) Sollte diese besondere Hervorhebung und der offenbare Zusammenhang mit der Sanktion des Hausrechts durch die Verfassung nicht doch von Bedeutung sein? Zwar ein Antrag in der Kommission der II. Kammer, neben die Wohnung das „dazugehörige" Lokal oder Grundstück zu setzen[3]), ist abgelehnt; auch berief man sich auf den deutschen Gesetzgeber, der dem Verbrechen, sogar gegen seinen technischen Namen, die weite Ausdehnung gegeben habe. Aber dennoch gelangt Noyon (II 141 f.) dazu, unter erf nur ein kleineres Stück Land, worauf die Namen Feld, Weide nicht passen, zu verstehen; es möge Frucht oder Gras tragen, müsse aber durch Art und Umfang geeignet sein, Zubehör einer Wohnung zu bilden. Trotz der Berufung auf Art. 461 (cf. deutsch § 368 Z. 9 „Feldfriedensbruch") wird man diese Definition für recht unsicher und recht unbestimmt zu halten haben. — Bei dem lokaal hat man vielleicht an die deutschen „Geschäftsräume" gedacht, aber jedenfalls ist nicht erfordert, daß der Gebraucher sie zum Geschäftsbetrieb gebraucht. Der Begriff „abgeschlossen" ist ebenfalls streitig.[4])

Das Eindringen (d. h. Eintreten unter Überwindung eines Hindernisses) muß widerrechtlich geschehen, nämlich gegen den erklärten Willen des Berechtigten. Der durch konkludente Handlungen an den Tag gelegte (geblekene) Wille steht nach der herrschenden Meinung gleich, so daß also auch hier wohl die Praxis einen konstruktiven Hausfriedensbruch geschaffen hat.[5]) Eine Willensoffenbarung fehlt, wenn man ohne Hilfsmittel durch den gewöhnlichen Eingang hereingelangt.[6]) Ein allgemein gehaltenes Verbot ge-

[1]) Noyon II 143 no. 16, 151 no. 1.

[2]) Noyon II 141; Smidt, Geschiedenis II 85.

[3]) Drucks. 1879/80, 47 Nr. 25, blz. 85 Abs. 2.

[4]) Schaik (Dissert. Amst. 1899 p. 17) faßt besloten = nur zugänglich kraft besonderen Titels. Noyon II 146 no. 18 = erkennbar von der Umgebung abgesondert (auch wenn über die Wassergräben eine Brücke führt; auch wenn in der Hecke eine Öffnung ist). Die Praxis, Entsch. 's Gravenh. 20. 5. 1897 „Weekbl. 6996" verlangt lückenlose Umschließung durch Zaun, Mauer, Hecken, Palisaden u. dgl.

[5]) Noyon II 125 no. 2. Dagegen Schaik a. O., S. 81 f.

[6]) Noyon a. O., Anm. 1: Entsch. Winschoten 31. 8. 1887. Doch genügte im Falle Entsch. Alkmaar 16. 6. 1891 „Weekbl. 6068" auch die nicht abgeschlossene Tür: Je-

nügt nach der Praxis ebenfalls.[1]) Berechtigt, den Eintritt zu verbieten, ist in erster Linie der Gebraucher[2]), der nicht notwendig Bewohner ist, aber auch der Mitgebraucher, wobei indessen bei Widerstreit die Erklärung des höher Berechtigten maßgebend ist. Das Verbot eines Beauftragten genügt ohne Zweifel ebenfalls; ihm den negotiorum gestor gleichzustellen, dürfte doch wohl unzulässige Analogie sein. Im Falle des unberechtigten Verweilens kann die Aufforderung zur Entfernung allerdings sowohl durch den Berechtigten wie in seinem Namen oder Interesse (van of vanwege den rechthebbende) geschehen, und die Interpretatoren wollen dies auch für die erste Form, das Eindringen, gelten lassen.[3])

Da es an einer Sondervorschrift wie in Spanien[4]) fehlt, so wird die Widerrechtlichkeit des Eindringens zwar durch overmacht (Art. 40), Notwehr und Nothilfe (Art. 41), nicht aber lediglich durch die Größe des Interesses oder Motives, z. B. Mord- oder Brandgeschrei in einem Hause, aufgehoben. Bewußtsein der Widerrechtlichkeit ist nicht erforderlich. Um dieses mit in den Vorsatz hineinzubringen, hat der Wijz.O. 1900 nach deutschem Muster und unter dem offenbaren Einfluß der Lisztschen Vorsatzlehre das Wort „vorsätzlich" eingeflickt (wederrechtelijk en opzettelijk binnendringt). — Das Eindringen erfährt in Abs. 2 eine bedeutsame authentische Interpretation, die allerdings z. T. keine Begriffserweiterung und folglich überflüssig ist[5]), zum anderen Teil eine Täuschung oder List der gewaltsamen Überwindung des Hindernisses gleichstellt[6]), zum dritten Teil aber einen eigenen, an das engl. burglary-Recht gemahnenden Tatbestand enthält. Es wird nämlich als eingedrungen erachtet, wer ohne Vorkenntnis des Berechtigten und anders als infolge eines Irrtums hineingekommen, allda[7]) angetroffen wird in der für die Nachtruhe bestimmten Zeit. Die unschuldige Absicht hilft nichts und dem Verbrechen ist dadurch tatsächlich eine Ausdehnung gegeben, die mit seinem eigentlichen Charakter keinerlei Zusammenhang mehr hat. Man wird hierin trotz aller gemachten Einwendungen eine

mand wurde verfolgt, lief durch die Hintertür in sein Haus, hielt sie zu und schloß sie ab. Zufällig war die Vordertür auf und durch diese kamen die Verfolger ins Haus. Das war Eindringen: in der Sicherung der Hintertür lag das Verbot des Zuganges im allgemeinen.

[1]) Noyon II 127, Hooge Raad 3. 11. 1890 „Weekbl. 5963".

[2]) Auf das Recht kommt es nicht an. Auch der Usurpator ist geschützt; auch der Mieter, der nach verstrichener Mietszeit wohnen bleibt, ist geschützt. Noyon II 145 no. 17 und Entscheidungen daselbst.

[3]) Noyon II 128 no. 3.

[4]) Oben S. 454 Anm. 3.

[5]) Zugang mittels Einbruchs und Einkletterns (einschl. Untergrabens und Überschreitens von Gräben, art. 90). Noyon II 127 no. 4.

[6]) Zugang durch falsche Schlüssel (Art. 89), falsche Kleidung (richtiger: durch falschen Gebrauch eines Schlüssels, einer Kleidung, Noyon II 131 no. 8) oder durch falsche Order. Dem Täter muß die Falschheit bekannt sein.

[7]) Wo? Das Wort „aldaar" bezieht sich auf nichts zurück. Noyon II 132 no. 9. Der Entw. meinte nur die Wohnung, jetzt gilt es allgemein, also nach ausdrücklicher Erklärung Moddermans (Smidt II 87, 1. Kammer) auch für Gärten, Scheunen, Heuschober, die man zuerst hatte ausschließen wollen.

gesetzliche Vermutung zu erblicken haben.[1]) Der sonderbaren Redigierung — das Betroffenwerden, nicht das Einschleichen ist bedroht usw. — entsprechen sonderbare Konsequenzen. Wer sich eingeschlichen hat, aber vor der Nacht wieder hinausgeht, ist nicht strafbar, wer verschläft und betroffen wird, ist es. Wer mit Vorkenntnis des Berechtigten hineingekommen, aber ohne sein Vorwissen über die gesetzte Zeit hinaus verblieben ist, und nun nächtlicher Weile ertappt wird, ist straflos. Ebenso wer vor oder nach der für die Nachtruhe bestimmten Zeit angetroffen wird. Wer entdeckt und verjagt wird, weil der Hausherr des Abends zur Sicherheit die Runde macht, ist nicht strafbar; das Pech hat, wer bei jemandem sich einschleicht, der minder sorgfältig für die eigene Sicherheit wacht.[2]) Wendet der Betroffene furchteinjagende Mittel an, so paßt auf ihn der erschwerende Abs. 3 nicht; denn die eigentliche Handlung des Täters liegt bereits in der Vergangenheit zurück, und qualifiziert muß doch die Handlung, nicht die Entdeckung sein.[3])

Für die Begehung durch Verweilen gilt wie in Deutschland nach der herrschenden Meinung, daß die erste Aufforderung das Verweilen widerrechtlich, die zweite strafbar macht. Viel erörtert ist auch in Holland das Verhältnis des Schankwirts zu seinen Gästen. Die Verpflichtung zur sofortigen Entfernung (aanstonds) wird auch hier dahin ausgelegt, daß Zeit zum Mitnehmen von Sachen und dergl. gelassen werden muß. Ob aber der Wirt dulden muß, daß Gäste, die „onder gelag" sind, das Gekaufte erst verzehren, ist streitig.[4])

[1]) Vergl. die Erörterungen über die Absicht zu stehlen oder Ehebruch zu begehen in der Kommission der II. Kammer, Drucks. 47 Nr. 25, blz. 88 i. f. Anders Noyon II 129.

[2]) Noyon II 132f.

[3]) Noyon II 147f. no. 19.

[4]) Ja: Noyon II 139 no. 14. Nein: Entsch. Zierikzee 26. 2. 1901 „Weekbl. 7636".

8. Schweiz.

Der schweizerische Vorentwurf, der in den allgemeinen Lehren und besonders für die Bekämpfung des Verbrechens so viel Neues und so große Fortschritte bietet, hat den besonderen Teil in Gliederung und Ausgestaltung ziemlich stiefmütterlich behandelt. Freilich, je mehr ein Gesetzbuch von dem Gedanken beherrscht ist, die Individualität des Rechtsbrechers für Wahl und Art der Strafe oder der sichernden Maßnahme bestimmend sein zu lassen, um so natürlicher erscheint es, daß es den Abgrenzungen der Verbrechenstatbestände und ihrer systematischen Gruppierung weniger Aufmerksamkeit zuwendet. Ob aber dabei nicht doch wichtige staatsrechtliche und kriminalpolitische Gesichtspunkte zu kurz kommen, mag dahinstehen.

I. Die Freiheitsverbrechen waren in allen Stadien des Entwurfes auf mindestens 2 Abschnitte verteilt, in denen aber keinesfalls bloß unsere Delikte zu finden waren. Der erste dieser Abschnitte war anfangs (1894) als „Verbrechen gegen den Frieden", später (1896) „gegen den Frieden und die persönliche Sicherheit", jetzt (1903) „gegen die persönliche Rechtssicherheit" bezeichnet. Der zweite, den wir zunächst betrachten, nennt als Objekt die „Freiheit", neuerdings (1903) die „persönliche Freiheit". Er enthielt von Anfang an die sexuell gefärbte Entführung zur Unzucht oder zur Ehe, anfänglich in einem Art. zusammengefaßt[1]), jetzt seit 1896 in 2 Art. zerlegt.[2]) Systematisch richtig gehört sie in den folgenden Abschnitt: Verbrechen gegen die geschlechtliche Sittlichkeit und Freiheit.[3]) Ebendorthin wären mit Fug auch die qualifizierte Freiheitsberaubung zu unzüchtigen Zwecken, die sich von Anfang an hier vorfand, sowie die seit 1896 aufgenommene Entführung von Kindern unter 16 Jahren zu unzüchtigem Zweck zu verweisen. Die 1896 gleichgestellte, 1903 milder bedrohte Kinderentführung zu eigennützigem Zwecke gehörte unter die Vermögensdelikte und wäre in den Formen der Erpressung, des ital. ricatto u. a. m. denkbar.[4]) Im Gegensatz zu diesen nicht zu billigenden Einreihungen sind

[1]) Vorentw. 1894 Art. 96 (April-Fassung) bezw. 97 (Juli-Fassung).

[2]) 1896 Art. 105 f., 1903 Art. 112 f.

[3]) Die Worte „und Freiheit" fehlen 1903. Damit ist der charakteristischeste Zug unterdrückt, ja es wird fraglich, ob überhaupt ein Rechtsgut des Einzelnen gemeint ist.

[4]) Außerdem könnte sie eine Wendung nach der Gesundheitsgefährdung haben — surmenage (Vorentw. 1894 Art. 63 bezw. 65, 1896 Art. 68, 1903 Art. 77).

Mädchenhandel und Erpressung nicht hierher gezogen, wiewohl sie doch auch die Freiheit angehen. Sondern um des unzüchtigen Zweckes willen ist jener unter die Sittlichkeitsdelikte[1]), um des eigennützigen Zweckes willen diese unter die Vermögensdelikte aufgenommen.

In der ersten Stooßschen Gestaltung (April bezw. Juli 1894) enthielt unser Abschnitt nur Freiheitsberaubung, Frauenraub und Kinderraub. Die Expertenkommission beschloß in I. Lesung (Januar 1895) auch Nötigung, Menschenraub[2]) und Sklavenhandel aufzunehmen. Die beiden letzteren hat dann die II. Lesung (Oktober 1895) auf Anregung von Correvon und Gautier als unnötig wieder gestrichen.

II. Den Nötigungsparagraphen beantragte Gretener[3]) unter Widerspruch von Stooß und des Baseler Gerichtspräsidenten David. Es wurde ausgeführt: Neben den bestimmten Fällen (wie Erpressung, Notzucht, Gewalt gegen Beamte) einen allgemeinen Tatbestand aufzustellen, sei kein Bedürfnis; der Täter habe stets etwas anderes im Auge als bloß das farblose Handeln oder Unterlassen; sei dieser weitere Zweck wirklich strafwürdig, so gehe die Nötigung in ein anderes Delikt über; der subsidiäre Charakter sei sogar bedenklich, der Richter könne aus Mitleid oder Ängstlichkeit diesen Paragraphen anwenden, wo ein schwereres Delikt vorliege. Das Gebiet des strafbaren Unrechts würde zu sehr erweitert; solle Zwang zu ziemlich gleichgültigen Handlungen, solle Festhalten des Selbstmörders, der ins Wasser springen will, strafbar sein? In Bern würde ein solcher Paragraph von der Praxis nicht vermißt, in Basel, wo er existiere, niemals angewendet. Mit Recht betonten dagegen Cornaz und Meyer von Schauensee, daß sonst z. B. die Nötigung, ein Lokal zu verlassen, eine Ehe einzugehen oder aufzulösen, nicht strafbar sein würde. Noch viele Fälle des Zwanges zu rechtlich bedeutsamem Verhalten ließen sich anführen, und treffend hatte Gretener gesagt, daß die Bestrafung der modernen Entwickelung entspreche. Nicht zu billigen ist dagegen die Argumentation Greteners, daß andernfalls auch viele Fälle von Gewalt an Sachen straflos bleiben würden. Denn die Rechtsbeziehungen, in denen Sachen stehen, wie Eigentum u. s. w., sind nicht Angriffsobjekt der Nötigung. Vielmehr richtet sich diese entweder allein gegen die Freiheit der Willensbetätigung, und dann ist vis absoluta das einzig denkbare Mittel; oder sie richtet sich schon gegen die Freiheit der Willensentschließung, und dann ist Motivsetzung, also Drohung, einzig mögliches Mittel. Unter die Drohung fällt vis compulsiva und kann somit

[1]) 1894 Art. 103 bezw. 104, 1896 Art. 118, 1903 Art. 131. Verhandeln einer Frauensperson, Veranstaltungen um sie andern zu überliefern, um sie ins Ausland zu liefern, vollendete Überlieferung — erinnern an Menschenraub und Sklavenhandel und berühren teils die Lokomotionsfreiheit, teils auch den status libertatis. Aber der sexuelle Zweck gibt systematisch mit Recht den Ausschlag.

[2]) Und zwar in der zweiaktigen Gestalt, aber a) mit etwas verbesserter Generalklausel: „um ihn in anderer Weise dem Schutz des Staates zu entziehen"; b) unter Streichung der Lebensgefährdung, die in beabsichtigter „Aussetzung" liegt. Antrag Gretener und wegen Sklavenhandel Zürcher. Verhandlungen III, IV S. 43f., 573.

[3]) Verhandl. III, IV S. 41ff., 571f.

auch fallen Gewalt an Sachen. Daß Gewalt im Nötigungsartikel des künftigen schweiz. StrGB. auch Gewalt an Sachen einschlösse, ist in jedem Betracht unrichtig. Ebensowenig darf man eine Festlegung der künftigen Judikatur durch eine zweite Äußerung Greteners eingetreten glauben, nämlich daß Nötigung zur Unterlassung eines Selbstmordes objektiv rechtswidrig[1]) sei, da niemand ein Recht besitze, einen anderen mit Gewalt an einer unmoralischen Handlung zu hindern.

Nach der 1903 beibehaltenen Fassung sind Nötigungsmittel Gewalt oder schwere Drohung.[2]) Subjektiv wird rechtswidrige Absicht gefordert. Statt dessen in objektiver Fassung zu sagen: „wer . . . widerrechtlich nötigt“, wurde abgelehnt.[3])

III. Die Freiheitsberaubung mit den hervorgehobenen Beispielen der Festnahme und des Gefangenhaltens wies in den Stooßschen Vorentwürfen (Art. 95 bezw. 96) 2 Qualifikationen auf, die schon erwähnten unzüchtigen Zwecke und die Dauer über einen Monat. Die Expertenkommission hat zwei weitere hinzugefügt.[4]) Die Anregung, nach deutschem Vorbild den schweren Erfolg straferhöhend wirken zu lassen, ist nicht weiter verfolgt worden.[5])

IV. Die Entführung Minderjähriger aus der Gewalt der Eltern oder des Vormundes wies in den Stooßschen Vorentwürfen (Art. 97 bezw. 98) neben dem einfachen nur den privilegierten Fall auf, daß der Täter „in guter Absicht“ bezw. „aus achtungswerten Beweggründen“ (so die Juli-Fassung) handelte. In der Expertenkommission[6]) wurde enger Anschluß an § 235 des deutschen StrGB. befürwortet. Unter dieser Einwirkung wurde in I. Lesung die Privilegierung gestrichen, in der Strafart Wahl zwischen dem ursprünglich für den Normalfall allein angedrohten Zuchthaus und zwischen Gefängnis gelassen, endlich die Absicht der Verwendung des Kindes zum Betteln, zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zum Qualifikationsgrund erhoben.[7]) Dagegen unterblieb

---

[1]) Daß subjektiv das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehle und daher Verurteilung nicht eintreten könne, ist ein lahmes Auskunftsmittel. Es kann ja nicht allgemeine Gültigkeit beanspruchen. Gretener selbst, falls er in solche Lage geriete, müßte danach verurteilt werden!

[2]) „Menaces graves“ im franz. Text. Antrag Gretener „mit der Begehung eines Verbrechens“ zu sagen, wurde abgelehnt (Verhandl. IV. S. 571).

[3]) Gretener wollte damit auch den Fall der selbsthilflichen Nötigung treffen, ferner die Nötigung der eigenen Ehefrau zum Beischlaf usw. Ob dies darunter gefallen wäre, erscheint zweifelhaft. Stooß aber bezeichnete wohl mit Recht die Einschränkung, die in der subjektiven Fassung liegt, als politisch richtig. (Verhandl. IV S. 572.) Auch Bericht 1901 S. 21 sieht er hierin die Abgrenzung von der unerlaubten Selbsthilfe.

[4]) „Unter Verübung von Grausamkeit“ und an einem Geistesgesunden „unter dem falschen Vorgeben, er sei geisteskrank“. Vorentw. 1896 Art. 104, 1903 Art. 111.

[5]) Gretener (Verhandl. III S. 45) wollte an dieser Stelle auf grundsätzliche Lösung dringen: culpa oder casus? Sondervorschrift oder Idealkonkurrenz?

[6]) Verhandl. III, IV S. 51 ff., 574 ff.

[7]) Also durchaus nach Deutschl. § 235, nicht nach Neuch. Art. 335, wie Cornaz wollte (Verhandl. III S. 52).

die Aufnahme der in Deutschland allein strafbaren Mittel (List, Drohung, Gewalt), da Stooß darauf hinwies, daß gegenüber Kindern einfache Überredung häufig genüge. Dem erschwerten Falle gab Stooß als Redaktor die einfachere Fassung: Entführung „zu einem unzüchtigen oder eigennützigen Zwecke", und diese Qualifikation wurde dann in II. Lesung allein unter den Freiheitsverbrechen stehen gelassen, während das Grunddelikt aus einem sehr richtigen Gedanken heraus unter die Verbrechen gegen Familienrechte verwiesen wurde. Dort wurde es dann verschmolzen mit einem Teile der Zivilstandsveränderung, der in I. Lesung auf Cornaz' Anregung nach Vorbild von Neuchatel neu hinzugekommen war.[1]) Der Vorentwurf 1896 verteilte daher die Kinderentführung auf Art. 107 (hier lediglich der qualifizierte Fall — an unrichtiger Stelle) und Art. 130 (absichtliche Vorenthaltung oder Entziehung — an richtiger Stelle: gegen Familienrechte). Noch ein Unterschied ist gemacht worden: jener Art. 107 betrifft seit II. Lesung nur Kinder unter 16 Jahren. An dieser Situation hat Vorentw. 1903 das geändert, daß er 1. aus der qualifizierten Kinderentführung wie erwähnt zwei Verbrechen macht (die beiden Abs. des Art. 114), und daß er 2. die Vorenthaltung und Entziehung „einer minderjährigen Person" (so jetzt deutlicher statt: Kind) wiederum unter die Freiheitsverbrechen zurückversetzt (Art. 115).

V. An der Spitze der Verbrechen gegen die persönliche Rechtssicherheit steht nunmehr die Bedrohung. Während die Stooßschen Vorentwürfe (Art. 90 bezw. 91) den strafen wollten, der jemand durch Wort oder Tat ernstlich bedrohte, strich die Expertenkommission in I. Lesung den Ausdruck „ernstlich" als unbegründet, da eine wirkliche Ausführungsabsicht beim Drohenden nicht erforderlich sein könne; es müsse auch Drohung aus Bosheit oder Mutwillen strafbar sein, und der Vorsatz brauche sich nur darauf zu richten, die Drohung dem Bedrohten als ernstlich gemeint erscheinen zu lassen.[2]) Die Ernstlichkeit im objektiven Sinn, die nach Stooß gleichfalls in dem Ausdruck liegen sollte[3]), wurde als zu weit gehend und auch minae juris umfassend auf Drohung mit Begehung eines Verbrechens beschränkt. In II. Lesung strich man die Wendung „durch Wort oder Tat", da es sonst, insbesondere in der franz. Fassung, zweifelhaft erscheinen könne, ob auch briefliche Drohung darunter falle. Stooß war in seiner Redigierung bereits von der Drohung mit Verbrechen im technischen Sinne wieder abgegangen und hatte die „schwere" Drohung eingesetzt. Die Kommission beließ es dabei[4]), unter dem Vorbehalt, daß Drohung mit erlaubten Handlungen straflos sein solle. Der Vorentw. 1896 sucht dem zu entsprechen, hat aber zu-

[1]) Verh. S. 65 f.; Neuchatel art. 329 al. 2: ceux qui, étant chargés d'un enfant, ne le représenteront pas aux personnes qui ont le droit de le réclamer — das Unterlassungsdelikt der Vorenthaltung.

[2]) Verh. III S. 21.

[3]) A. O. S. 22. Solchen Doppelsinn in den Text hineinzugeheimnissen, erscheint gesetzgeberisch unzulässig.

[4]) Verh. IV S. 564 ff.

gleich den Tatbestand und das Vollendungsmoment näher zu präzisieren unternommen. Nach Art. 97 wird gestraft, „wer die Sicherheit einer Person durch schwere Drohung rechtswidrig gefährdet“. Die franz. Fassung: „qui, par une menace grave et illicite, aura troublé la sécurité d'une personne“ weicht in 2 Punkten ab. Einmal in der Stellung des Wortes „rechtswidrig“, die 1903 im deutschen Text entsprechend geändert wurde. Sodann in der Beschreibung des Erfolges: es bleibt zweifelhaft, ob die Sicherheit im objektiven Sinn[1]) oder als Sicherheitsgefühl aufzufassen ist. Beachtenswert ist, daß die Anregung von Zürcher und später von Correvon, die Friedensbürgschaft (1896 art. 37, 1903 art. 46) auch statt und nicht bloß neben der Strafe zuzulassen, in beiden Lesungen leider abgelehnt wurde.

Die Drohung war bisher begleitet vom Landzwang.[2]) Zwar hatte die Expertenkommission in I. Lesung beschlossen, die Bedrohung der Bevölkerung unter die gemeingefährlichen Delikte zu setzen, doch wurde dies in II. Lesung wieder rückgängig gemacht. Nachdem der Inhalt des III. Abschnittes des Vorentw. 1896 nunmehr im Vorentw. 1903 auf zwei Abschnitte: IV. betr. persönliche Rechtssicherheit und XII. betr. den öffentlichen Frieden, verteilt worden ist, zählt Abschn. IV nur noch Bedrohung, Hausfriedensbruch, Verletzung des Berufsgeheimnisses und des Briefgeheimnisses auf, während alles andere[3]) und darunter auch die „Schreckung der Bevölkerung durch gefährliche Drohungen“ in den Abschn. XII gewandert ist.

VI. Der Hausfriedensbruch umfaßt in allen Stadien die beiden bekannten Formen, das widerrechtliche Eindringen und das Verweilen gegen den „erklärten“[4]) Willen des Berechtigten. Als Schutzobjekte nannten die Stooßschen Vorentw. (Art. 86 bzw. 87) das Haus und die befriedete Besitzung. Die Expertenkommission entschloß sich in I. Lesung, zu sagen: „eine dazu gehörende eingefriedigte Besitzung“. Es wird also im Gegensatz zu Deutschland und dem russ. Entw., aber im Anschluß an Bern und Zürich eine nähere Beziehung zum Hause verlangt. In II. Lesung wurde die Wohnung als weiteres Schutzobjekt extra aufgenommen, da sonst Hausfriedensbruch unter Mitbewohnern eines Hauses straflos geblieben wäre.[5])

[1]) Nur so ist die Gefährdung der Sicherheit von Personen oder Sachen durch Reizen von Tieren zu verstehen. Vorentw. 1896 Art. 252, 1903 Art. 264; franz. Fassung „de façon à menacer (hier nicht: troubler) la sécurité“. Das Delikt gehört zu den vagen Verbrechen gegen körperliche Integrität und gegen Sachenrechte.

[2]) Vorentw. 1894 Art. 91 bezw. 92, 1896 Art. 98. Verh. III, IV S. 24f., 567.

[3]) Nämlich Aufforderung, Aufmunterung, Anerbieten, Zusammenrottung zu Verbrechen, Störung des Religions-, Verletzung des Totenfriedens, Art. 181—184. — Nur die Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses ist einen andern Weg gegangen, zu den Verbrechen gegen die Sicherheit des Handels- und Geschäftsverkehrs (1903 Art. 160).

[4]) Verh. III S. 9, Antrag Gretener. Besondere Aufforderung ist unnötig. Beim Eindringen soll auch der nicht erklärte, sondern vom Täter bloß vermutete Wille genügen.

[5]) Verh. III, IV S. 8f., 561. — Stooß, Bericht 1901 S. 18 redet von dem besonderen Frieden, mit dem das Recht Haus und Heim umgibt. Er kann also nur

Der Antrag Gretener, auch einige qualifizierte Fälle[1]) hervorzuheben, wurde abgelehnt, weil diese Fälle nicht regelmäßig höhere Bestrafung rechtfertigten, auch meistens eine Verbindung mit einem schwereren Delikt vorliegen würde.

VII. Es sei endlich erwähnt, daß die Stooßschen Vorentw. unter den Verbrechen gegen die Ausübung politischer Rechte eine Beeinträchtigung von Freiheitsrechten, atteinte aux libertés constitutionelles kannten (art. 158 bzw. 161). Es waren aufgezählt: Niederlassungsfreiheit, Religionsfreiheit, Lehrfreiheit, Versammlungsfreiheit (aber nicht Recht der freien Vereinigung), Preßfreiheit, Handels- und Gewerbefreiheit, Arbeitsfreiheit. Die Expertenkommission strich leider den Art., weil angesichts des Nötigungsparagraphen und des staatsrechtlichen Rekurses an die Bundesbehörden kein Bedürfnis vorliege. Man behielt sich in I. Lesung vor, nach deutschem und russischem Vorbild die Beeinträchtigung der Arbeitsfreiheit als ausgezeichneten Nötigungsfall zu behandeln; doch wurde in II. Lesung Correvons Antrag, hierauf zurückzukommen, abgelehnt. (Verh. III, IV S. 147 ff., 155, 572.)

---

ein öffentliches Rechtsgut meinen. Erst durch die Trennung des Abschn. im Entw. 1903 richtig gestellt.

[1]) Bewaffnung, Gemeinschaftlichkeit, Begehung mit Gewalt. Verh. III S. 10 f.

9. Norwegen.

Das norwegische Strafgesetz vom 22. Mai 1902, in Kraft seit 1. 1. 1905, stellt den größten Teil unserer Gruppe zu den Freiheitsverbrechen (21. Kap.), nur nicht Hausfriedensbruch und Kinderraub.

I. Das Verbrechen der Nötigung war schon dem StrGB. 1842 (Kap. 16 § 13)[1]) bekannt, wurde aber durch die Novelle 1889[2]) (danach Kap. 16 § 12) stark abgeändert. Diese Novelle bildet auch die Grundlage des heutigen neuen Rechts. Die Nötigungsmittel waren nach ihr: Gewalt, Drohung mit einer rechtswidrigen Handlung, mit Anklage oder Denunziation wegen eines Verbrechens oder mit Vorbringen einer ehrenkränkenden Beschuldigung. Es war ein privilegierter Fall, wenn die Absicht des Schuldigen nicht darauf ging, jemandem einen unberechtigten Gewinn zu verschaffen. Der Tatbestand umfaßte sonach die Erpressung mit in sich[3]) und war auch von Raub (Kap. 20 § 1) nicht scharf gesondert. Der Entw. 1893 §§ 212, 254 trennte die Erpressung (Udpresning) heraus und stellte sie zu den Vermögensdelikten. Der Entw. 1896 und ebenso das StrGB. zerlegen außerdem die Nötigung nach den Mitteln in zwei Fälle: 1. Zwang durch rechtswidriges Verhalten[4]) oder durch Drohung mit solchem; 2. Drohung mit Anklage oder Anzeige wegen strafbarer Handlung oder mit Vorbringen einer ehrenkränkenden Beschuldigung. Fall 2 ist milder strafbar, denn diese Mittel brauchen an sich nicht rechtswidrig zu sein, sondern der Zweck zu nötigen macht ihre Anwendung rechtswidrig (Getz, Motive 208 l.) — oder vielmehr, da Abs. 1 jedes rechtswidrige Verhalten umfaßt, so kann unter Abs. 2 nur ein an sich nicht rechtswidriges fallen (so richtiger und bestimmter Hagerup S. 197 n. 6). Es ist also Voraussetzung, daß die Handlung, mit deren Denunziation gedroht wird, wirklich begangen ist, daß die ehrenkränkende Beschuldigung wahr ist.

[1]) Ich benutze nur ausnahmsweise die Übersetzung von Thaulow 1845, im allgemeinen den Text des Originals.

[2]) Kommentierte Ausgabe von Færden, 1890.

[3]) Getz, Motive 207, Hagerup, Ausgabe 1903 p. 175 n. 1.

[4]) Die Novelle 1889 sagte „Handlung“; also fiel streng genommen Unterlassung nicht darunter, Færden p. 59.

Die norw. Nötigungsvorschrift steht deshalb auf so hoher Stufe, weil einmal auf die Übereinstimmung der Nötigungs- mit den Erpressungsmitteln genau achtgegeben[1]) und weil ferner das Problem der Rechtswidrigkeit der Nötigung hier mit größerem Ernste als sonst irgendwo in Angriff genommen ist.[2]) Im Falle des Abs. 1 muß das Verhalten selbst, also das Mittel rechtswidrig sein, das Ziel braucht es nicht zu sein, z. B. Zwang zur Bezahlung einer fälligen Schuld (Getz a. O.). „Rechtswidrig" — es kann den Charakter einer Polizeiübertretung z. B. Ruhestörung haben (Hagerup S. 196 n. 2); es kann auch ganz straflos sein (Færden S. 59). Irrelevant ist, gegen wen das angedrohte Verhalten sich richten würde, es braucht somit überhaupt nicht die Kränkung eines Rechtes des Bedrohten zu sein (Hagerup, Færden a. O.). Psychologisch wirksam wird freilich die Drohung nur sein, wenn sie jemanden angeht, an dessen Schicksal der Bedrohte Anteil nimmt (Hagerup a. O.). Der Kommissionsvorschlag zur Novelle 1889 führte als Beispiel die Drohung an, jemandes Tochter verführen zu wollen. Auch Drohung mit Selbstmord kann hierher fallen (Hagerup, Getz, Norsk Retstidende 1900 p. 854, 857).

Was Abs. 2 angeht, bei dem mit einem an sich nicht rechtswidrigen Mittel operiert wird, so sind drei Situationen auseinander zu halten. A) Der Drohende hat keinen Anspruch auf das Verlangte — hier wird die Rechtswidrigkeit in der Regel keinem Zweifel unterliegen. Eine Ausnahme kann vorliegen bei einem natürlichen inneren Zusammenhang zwischen dem, womit gedroht wird, und dem, was erreicht werden soll. Z. B. ein Angestellter will höheren Lohn und droht, anderenfalls den mit seiner Arbeiterfreundlichkeit prahlenden Geschäftsherrn als krassen Egoisten zu enthüllen (Getz Mot. 208 l. unt.); oder es wird einem Beamten mit Bloßstellung wegen Amtsvergehen gedroht, falls nicht freiwilliger Rücktritt vom Amt erfolge (Hagerup S. 197 n. 6). — B) Man hat einen Anspruch auf das Verlangte — sowohl das Mittel als das Ziel sind also an sich berechtigt. Der Gläubiger darf aber nicht, statt den gesetzlich gewiesenen Weg zu gehen, andere selbstgewählte Mittel suchen, um zu seinem Recht zu kommen. Denn es steht dies dem Falle ziemlich gleich, wo man sich direkt eigenmächtig sein Recht verschafft; auch müßte konsequent, wer bloß an sein Recht glaubt, ebenfalls straflos bleiben (Getz Mot. 208 r.). Strafbar ist demnach die Drohung gegen den säumigen Schuldner, seine eheliche Untreue zu offenbaren, wenn er nicht zahle (Hagerup a. O.). Indessen sind hier manche Zweifel über die Grenzen der berechtigten Selbsthilfe möglich; feste Maxime muß freilich sein, daß alle Zweifel dem Beschuldigten zu Gute kommen. Im übrigen ist wieder der Fall natürlichen Zusammenhangs zwischen Drohmittel und Ziel als straffrei anzusehen, falls die Verbindung dergestalt ist,

[1]) Das folgende gilt daher ebenso für die Erpressung, Mot. 208 l. ob.

[2]) Was für „exorbitante Resultate" die Unklarheit hierüber zeitigen kann, davon war dem norw. Gesetzgeber die erstaunliche (forbausende) Praxis des deutschen Reichsgerichts gegen Arbeiter wegen Erpressung ein warnendes Beispiel.

daß die Handlung, mit der gedroht wird, sich als begründet oder als besser begründet darstellt, wenn der Anspruch nicht erfüllt wird. Als Beispiele gibt Getz (Mot. 208/209, 210 l.) an: Der Gläubiger, dessen Forderung der Schuldner böswillig abstreitet, droht ihm mit Betrugsanzeige. Jemand glaubt bei dem anderen noch eine Summe zu Gute zu haben und verlangt Rechnungslegung, andernfalls erstatte er Anzeige wegen eines früheren gegen ihn begangenen Betruges. A. hat den B. betrogen und droht, falls B. den A. anzeige, werde A. den B. ebenfalls wegen eines früher von B. begangenen Betruges angeben — dies ist u. U. nicht rechtswidrig.[1]) Dagegen wäre rechtswidrig die gleiche Drohung gegen den Vater, der wegen Körperverletzung seines Kindes Klage erheben will. Straflos ist ferner Drohung mit Anzeige wegen Unterschlagung, falls der Bedrohte nicht den von ihm unterschlagenen Betrag ersetze (Hagerup a. O.). — C) Man hat zwar einen Anspruch auf das Verlangte, aber nicht gegen den Bedrohten — hier wird im allgemeinen das gleiche wie bei A) zutreffen. Indessen liegt Widerrechtlichkeit meist nicht vor, wenn der Sohn gestohlen hat und dem Vater mitgeteilt wird, es werde Strafanzeige erfolgen, falls der Betrag nicht gedeckt würde. Liegt hier freilich die Situation so, daß in Wirklichkeit gar keine Anzeige beabsichtigt wird (weil z. B. auch der eigene Sohn des Bestohlenen mit hineingezogen werden würde), dann ist in Wahrheit das Ziel der Handlung lediglich, aus dem Vater Geld herauszupressen, und alsdann ist Rechtswidrigkeit gegeben (Getz Mot. 209 r.).

Noch sei aus der Nötigungsdoktrin hervorgehoben: die Drohung muß so beschaffen sein, daß sie dem Bedrohten Grund gibt, sie als ernstlich gemeint anzusehen. (Hagerup S. 196 n. 3.) Die subsidiäre Natur der Nötigung wird auch in Norwegen beachtet (Hagerup a. O. n. 4, Færden S. 28). Erscheint der Zwang zur Begehung eines Verbrechens als Mitwirkung an diesem, so wird Konkurrenz nach § 62 anzunehmen sein.

II. Die Freiheitsberaubung des heutigen Rechts umfaßt im Sinne der Motive die §§ 223—226. § 223, dem Kap. 16 § 11 nach Novelle 1889 genau entsprechend, enthält in Abs. 1 den Grundfall, in Abs. 2 drei Qualifikationen.[2]) Als erschwerter Fall wird der Menschenraub des § 224 angesehen: er hat die ältere zweiaktige Form und ist nicht reines Freiheitsverbrechen.[3]) In gewissem Betracht stellte er in Entw. 1893 (§ 208) das

[1]) Im Sinne Getz' wohl, wenn B.'s früherer Betrug gegen A. ging.

[2]) Dauer über 1 Monat; ungewöhnliche Leiden; Erfolg einer schweren Körperverletzung oder des Todes.

[3]) Handlung: Verbringen in die eigene oder eines anderen Gewalt. Mittel: Gewalt (magt), Drohungen, hinterlistiges Verhalten. Zwecke: Verbringung a) in hilflose Lage, b) in fremde Kriegsdienste, c) in Gefangenschaft oder sonstige Abhängigkeit in einem fremden Lande, d) zu unzüchtigen Zwecken in ein fremdes Land. a) gehört zu den Verbrechen gegen Leben und Leib, dort (§ 242) steht auch das vollendete Verbrechen (Aussetzung, Strafe höchstens 3 Jahre, in § 224 10 Jahre Gefängnis!); d) könnte ruhig gestrichen werden und fehlte auch 1893; denn die gleiche Handlung ist auch nach §§ 202, 204 mit Gefängnis bis zu 9 Jahren strafbar; also etwas milder, obwohl das Stadium der Ausführung etwas vorgerückter ist: Verleitung

Versuchsstadium des dortigen § 206 dar, dem der jetzige § 225 entspricht. Doch straft die jetzige Fassung nur das Verbringen in Sklaverei, nicht auch „in eine ähnliche Lage" wie Entw. 1893. Umgekehrt ist Menschenraub, zum Zwecke der Verbringung in wirkliche Sklaverei von dem jetzigen § 224 nicht mehr getroffen. Nach Vorarbeiten und Gesetz wird somit vollendete Versklavung mit Gefängnis von 5 Jahren bis auf Lebenszeit bedroht; Menschenraub als Vorstufe zur Verbringung in eine der Sklaverei ähnliche Lage wird nach § 224 jetzt mit Gefängnis von 21 Tagen bis zu 10 Jahren gestraft; Menschenraub als Vorstufe zu wirklicher Versklavung würde nach Entw. 1893 6 Monate bis 10 Jahre Gefängnis nach sich gezogen haben, während es nunmehr als Versuch der Versklavung nach §§ 225, 51 mit Gefängnis von 21 Tagen bis zu 20 Jahren oder mit Haft oder mit Geldstrafe bedroht ist. Der Verbringung in Sklaverei ist in § 225 Abs. 2 gleichgestellt das Betreiben von Sklavenhandel und das Betreiben des Transports dazu bestimmter Personen.[1]) — Endlich enthält § 226 zwei eigentümliche Freiheitsdelikte, deren Ursprung auf das StrGB. 1842 Kap. 16 § 7 zurückreicht. Dort war im Grundfall (§ 6) strafbar, wer ohne zu beachten, was über den Arrest gesetzlich angeordnet ist, jemanden seiner persönlichen Freiheit „benimmt"; der mildere Fall lag vor, wenn ein gesetzlicher Grund zum persönlichen Arrest da war. Die Novelle 1889 baute dies unter schwedischem und finnländischem Einfluß weiter aus[2]), und es ist unverändert ins neue Recht übergegangen. Das erste Delikt ist einer der möglichen Typen[3]) fahrlässiger Freiheitsberaubung, nämlich eine solche, die der Täter ohne triftigen Grund für gesetzmäßig ansieht.[4]) Das zweite Delikt hat mehr vorsätzlichen Charakter (Færden, S. 56): vorläufige Fest-

---

zur gewerbsmäßigen Unzucht, falls der Verleitete zu solchem unzüchtigen Zweck in das Ausland verbracht wird und der Täter Zwang (tvang), Drohungen oder hinterlistiges Verhalten angewendet hat. — Der unglückselige Menschenraubparagraph wirkt in dem wohldurchdachten norw. StrGB. geradezu entstellend. — Entw. 1893 § 208 schob unter die Zwecke noch ein: Verbringung in Sklaverei. § 206 bedrohte die vollendete Versklavung, § 207 die vollendete Verbringung in fremde Kriegsdienste (mit 2 Einschränkungen, das Opfer mußte norw. oder schwed. Staatsbürger sein und durfte nicht eingewilligt haben).

[1]) Geht zurück auf die von engl. Einfluß beherrschte Periode der 20er Jahre (cf. Engl. S. 426 zu Anm. 1, Niederl. S. 469 u.). Hier Gesetz v. 24. 7. 1827 und StrGB. 1842 Kapitel 16 §§ 8—10.

[2]) Schwed. Kap. 15 § 10: Jemand hat einen anderen ohne gesetzlichen Grund wegen vermeinten Verbrechens, nicht aus argem Vorsatz festgenommen und ist auch mit ihm nach gesetzlicher Vorschrift verfahren. Finnland Kap. 25 § 10 fügt dem 2 weitere Fälle hinzu: 1. ebenso, es ist aber nicht nach gesetzlicher Vorschrift verfahren worden — wird als gewöhnliche vorsätzliche Freiheitsberaubung behandelt, 2. die Festnahme geschieht mit gesetzlichem Grund, aber die Verfahrensvorschriften sind nicht beobachtet.

[3]) Ein anderer wäre kulpose Nichtkenntnis der verursachenden Bedeutung der Einsperrungshandlung. Niederl. 283 umfaßt auch dies.

[4]) Wie wenn er sie mit triftigem Grund für gesetzmäßig ansah, während sie dennoch rechtswidrig war? Der Fall liegt milder, fällt aber unter § 223, freilich in Verbindung mit § 57: danach kann sogar Freisprechung erfolgen.

nahme in einem erlaubten Fall, aber unter Beiseitesetzung der gesetzlichen Verfahrensart.[1])

Von Einzelheiten ist noch hervorzuheben: 1. zur vorsätzlichen Freiheitsberaubung, § 223. Es fällt darunter im Gegensatz zum Recht von 1889 auch das bloße Binden jemandes ohne Einsperrung (Færden S. 55). Færden macht auch den Versuch, das Hypnotisieren, wodurch jemand der Fähigkeit beraubt wird, seinem eigenen Willen zu folgen, hierher zu subsumieren. Dies ist aber kein Freiheits-, sondern ein Gesundheitsdelikt und fällt im jetzigen StrGB. unter § 229 (Körperbeschädigung), bei Einwilligung unter § 364. — 2. zu Menschenraub, § 224. Nach den Motiven (1893 S. 68 l., 1896 S. 210) soll dies nicht immer Qualifikation der Freiheitsberaubung sein, sondern auch vorliegen, wenn jemand freiwillig auf ein Schiff folge, woselbst er sich ja unleugbar in der Gewalt des Befehlshabers befinde.[2]) Es erscheint jedoch bestreitbar, daß hier ein kausierendes „Bringen" in die Gewalt vorliegt. Das „fremde" Land bedeutet fremd nicht vom Standpunkt des Täters sondern des Opfers (Hagerup S. 198 n. 6); deutlicher drückte dies Entw. 1893 § 208 aus: „an einen Ort, wo er des Schutzes seines Heimatlandes beraubt ist." — 3. zu Versklavung und Sklavenhandel, § 225. Sklavenhandel bedeutet Verkauf von Personen, die zu diesem Zwecke erworben sind, und Ankauf zum Zwecke des Verkaufs (Getz, Mot. 1893 S. 67 l., 1896 S. 211 l.). Der Grund der Aufnahme dieser Bestimmung war eine Idee der Weltrechtspflege im Sinne von Binding, Handb. I 379. Nach § 12, 4a ist der Sklavenhandel strafbar, mag er auch am Begehungsorte gesetzlich erlaubt sein, mag der Täter Norweger oder Ausländer sein (Getz, Mot. a. O., Hagerup S. 199 n. 3). Nach dem bisherigen Recht kam es für die Schiffsmannschaft, die beim Sklavenhandel oder Transport mitwirkte, darauf an, ob sie zu der Zeit als sie an Bord Dienste nahm, die Bestimmung des Fahrzeugs kannte[3]); jetzt ist der Zeitpunkt der erlangten Kenntnis gleichgültig. Straflos bleibt im Gegensatz zum Gesetz von 1827 ein nicht handelsmäßiger Erwerb sowie das Sklavenhalten in einem Lande, wo es vom Gesetz erlaubt ist.

III. Der § 227, im wesentlichen entsprechend dem früheren Kap. 16 § 11 nach Novelle 1889, straft die Bedrohung mit jedem nicht ganz leichten strafbaren Vorhaben. Es ist nicht nötig, daß das Vorhaben sich gegen den Bedrohten richtet (Hagerup S. 200 n. 3). Wohl aber muß unter solchen Umständen gedroht werden, „daß die Drohung geeignet ist, ernstliche Furcht hervorzurufen". Es ist fraglich, ob dies vom Standpunkt des Bedrohten, also subjektiv, oder objektiv nach allgemeinen Erfahrungssätzen zu beurteilen ist. Hagerup a. O. nimmt das erstere an unter Berufung auf die Materialien zur Novelle 1889. Das ist nicht beweiskräftig. Die Motive schweigen,

[1]) Vergl. Niederl. StrGB. 464, der aber nur gewisse Beamte betrifft, ob. S. 472.
[2]) Motive 1893 p. 68, 1896 p. 210. Hagerup p. 198 n. 4.
[3]) StrGB. 1842 Kap. 16 § 9. Getz, Mot. 1893 p. 67 l., 1896 p. 210 r. u. Hagerup p. 199 n. 2; vergl. Holland ob. S. 470 Anm. 4, 5.

und der Vergleich der jetzigen Fassung mit der früheren spricht dagegen. Das StrGB. 1842, das die Drohungen auf zwei Paragraphen verteilte, erforderte eine solche Weise oder solche Umstände, „daß Anlaß vorliegt zu fürchten, daß die Drohung ins Werk gesetzt würde" — also objektiver Standpunkt. Die Novelle 1889 verlangte solche Umstände, „daß die Drohung geeignet ist, bei dem Bedrohten ernstliche Furcht hervorzurufen" — demnach zweifellos subjektiv vom Standpunkt des Bedrohten zu verstehen. Der Entw. 1893 § 211 wollte setzen: „wer in der Absicht, Furcht hervorzurufen, droht" — also subjektiv vom Standpunkt des Drohenden. Der Entw. 1896 ist dann wieder zur Fassung der Novelle zurückgekehrt, hat aber gerade die entscheidenden Worte („bei dem Bedrohten" „hos den truede") weggelassen.

Da Drohung mit einem „Vorhaben" vorausgesetzt wird, so werden wohl mit Færden S. 57 solche Verbrechen, die in rein passivem Verhalten bestehen, als ausgeschlossen gelten müssen. — Der Drohungsparagraph erledigt ganz zweckmäßig (ähnlich wie in Österreich) zugleich den Landzwang: die Drohung ist im allgemeinen Antragsdelikt, nach Abs. 2 aber Offizialdelikt, wenn sie sich gegen eine unbestimmte Mehrheit, also z. B. die Einwohnerschaft einer ganzen Stadt[1]), richtet.

Zu II und III: Die unbestimmte Strafe, das Sicherungsmittel des § 65 gegen hochgefährliche Verbrecher, ist befremdenderweise zwar zulässig beim Menschenraub, aber nicht bei Versklavung und Sklavenhandel (bei dem auch die Möglichkeit ausgiebiger Geldstrafe fehlt und nur die der Einziehung des erlangten oder des mutmaßlichen Gewinnes besteht); ferner zwar zulässig bei Drohung, aber nicht bei Nötigung. Die Drohung wird außerdem einen häufigeren Anwendungsfall der in § 33 eingeführten Verweisung aus bestimmten Orten (Aufenthaltsverbot) darstellen (Urbye, Norsk Retstidende 1897, Sonderabdruck II S. 43).

IV. Die Entziehung eines Kindes aus elterlicher Gewalt, die das StrGB. 1842 Kap. 16 § 4f. unter die Freiheitsverbrechen stellte und mit dem Menschenraube verquickte, ist jetzt ein Verbrechen gegen ein Familienrechtsverhältnis und steht neben der Familienstandsveränderung (§ 216f.). Das Schutzalter ist weder bis zum Ablauf der Minderjährigkeit wie in Deutschland, Österreich, Holland und Schweizer Entw. ausgedehnt, noch so niedrig begrenzt wie in manchen anderen Ländern (12, 14, 15 Jahre), sondern auf 18 Jahre festgesetzt.[2]) Damit verträgt sich auch besser, daß der Minderjährige lediglich Objekt sein soll und nicht zum strafbaren Teilnehmer werden kann (Getz, Mot. 201 u.). Dem Entziehen steht das Entzogenhalten gleich, und ergänzend treten zwei Übertretungsbestimmungen daneben[3]):

[1]) Hagerup p. 200 n. 5, der darauf aufmerksam macht, daß die Unbestimmtheit, je größer sie ist, um so eher Zweifel an der Ernstlichkeit der Drohung erwecken könne.

[2]) In Konsequenz dessen ist die Entführung einer einwilligenden Frau über 18 Jahre nicht strafbar. Mot. 201. Hagerup 187 n. 4. Vergl. § 200 StrGB.

[3]) Diese Handlungen brauchen das Elternrecht nicht zu verletzen, auch nicht einmal zu gefährden, aber möglicherweise können sie es gefährden — echtes Polizeidelikt.

unterlassene Anzeige des Auffindens eines abhanden gekommenen Kindes (§ 340) und Weigerung, den Aufenthaltsort eines Kindes anzugeben (§ 341 Abs. 2 a. E.). Das Gesetz hat davon abgesehen, Liebe des Täters zu dem Kinde oder Mitleid (Rußland) oder achtungswerte Beweggründe (Stooß 1894) allgemein als Privilegierung anzusehen; wohl aber läßt es stets bei mildernden Umständen Geldstrafe zu. Die erschwerten Fälle des § 217, die nach § 65 unbestimmte Strafe nach sich ziehen können, sind kaum übersehbar und münden zum großen Teil in die Sittlichkeitsverbrechen ein.[1]) Hervorgehoben seien: a) Kinderraub zu gewinnsüchtigen Zwecken; b) Entführung eines Kindes unter 16 Jahren, das verborgen gehalten oder c) aus dem Inlande hinweggeführt wird (Anklang an StrGB. 1842 Kap. 16 §§ 2, 3); d) Erfolg einer schweren Körperverletzung.[2])

V. Der Hausfriedensbruch war im StrGB. 1842 ein ernsteres Delikt nur, wenn er in der Absicht zu stehlen begangen wurde (Kap. 19 § 2); im übrigen nur mit Geldstrafe, in einem präsumtiv stark gegen den Täter sprechenden Falle[3]) (Kap. 22 §§ 2, 3) auch mit Gefängnis bedroht. Es erinnert dies an englische, namentlich ältere Rechtsauffassung, und die gewissermaßen latente Vermutung eines „felonious intent" spricht auch aus der heutigen Gestaltung (Getz, Mot. 1893, 100 r., Mot. 1896, 157 r.). Während der Entw. 1893 das Delikt mit Offenbarung von Geheimnissen, Wucher, Bruch übernommener Verpflichtungen zusammen in ein eigenes Kapitel stellte, faßt das Gesetz die schwereren Fälle (Einbruch u. dergl.) als Verbrechen, die leichteren als Übertretung gegen „öffentliche Ordnung und öffentlichen Frieden" auf (§ 147, § 355). Das Verbrechen ist niemals Antragsdelikt. Schutzobjekt sind a) Häuser, Schiffe, Eisenbahnwagen, Räume in allen diesen sowie b) andere abgeschlossene Orte. Hinter dem Umfang des Begriffes zu b bleibt zurück § 147, der nur den geschlossenen Hofraum oder ähnlichen Aufenthaltsort nennt; es geht darüber weit hinaus § 355 Abs. 2; wer unberechtigt auf fremdem, auch uneingehegtem Lande „Aufenthalt nimmt" und trotz Aufforderung dort verbleibt, begeht Feldfriedensbruch. Dieser § soll nach Mot. 273 nur den Unbefugten treffen, der auf eines anderen Feld- oder Waldgrund gegen dessen Willen „sich völlig heimisch macht"; Urbye (a. O., S. A. II 17) befürchtet allerdings eine Belästigung auch von Sonntagsausflüglern.[4]) Auf jeden Fall handelt es sich nicht um ein Freiheits-, sondern um ein Besitzdelikt (etwa wie New York S. 467 oben S. 450 Anm. 6). Der Einbruch des § 147 liegt vor, wenn sich jemand Zugang verschafft a) durch Sachbeschädigung oder Nachschlüssel, b) durch gewaltsames oder drohendes Verhalten, c) durch nächtliches Einschleichen,

[1]) Zählt man die sämtlichen Fälle der Vorbereitung zu den Sittlichkeitsverbrechen, bes. § 205, aus, so ergeben sich 102 Fälle des erschwerten Kinderraubes!

[2]) Bei b, c, d kann der gewinnsüchtige oder unzüchtige Zweck wiederum als doppelter Erschwerungsgrund hinzutreten.

[3]) Der Täter begibt sich heimlich, insbesondere nächtlich, in ein fremdes Haus, „ohne daß er dazu eine annehmliche Veranlassung hat".

[4]) Hagerup p. 312 n. 5 schließt das bloße Betreten ebenfalls aus.

d) durch täuschende Mittel (Verkleidung, Mißbrauch einer öffentlichen Eigenschaft, eines Befehls, einer Urkunde). Außer der Eindringensart muß auch der Zugang unberechtigt sein, so daß der einbrechende Mieter oder Dienstbote, der etwa auf dem regelrechten Wege nicht hereinkonnte, straflos bleibt (Getz, Mot. 157 r., Hagerup p. 130 n. 2). Der Zugang gilt schon als gebahnt wie nach englischer Rechtsauffassung, wenn der Täter auch nur mit einem Teil seines Körpers z. B. den Armen so in das Innere gelangt, daß die Möglichkeit des Zugreifens besteht (namentlich bedeutsam für den schweren Diebstahl § 258, 1, Hagerup a. O.). Bewaffneter und gemeinschaftlicher Einbruch sind erschwert; Einbruch, um ein anderes Verbrechen möglich zu machen, ist stärker erschwert. § 355 Abs. 1 straft das Einschleichen, das Eindringen gegen Verbot und das Verweilen trotz Aufforderung zur Entfernung.

---

10. Schlußergebnisse.

Wir haben die Freiheitsverbrechen zunächst im germanischen Rechtskreis (mit Anschluß Rußlands), sodann im romanischen betrachtet, hier sogleich bis zur modernen Gestaltung in Italien. Dann sind wir zum germanischen Rechtskreis zurückgekehrt, um uns noch mit den neueren gesetzgeberischen Arbeiten in drei Staaten zu befassen, die als besonders bedeutsam erscheinen: Niederlande, Schweiz, Norwegen. Wir sind dabei in der Weise verfahren, Land für Land einzeln vorzunehmen, den Blick auf die betreffende Rechtsordnung, Doktrin und (soweit angängig) Praxis zu konzentrieren und in solcher Durchdringung die Eigenart kennen zu lernen. Diese Methode erschien bei unserer Materie als die angemessenste. Denn wenn es auch angängig gewesen wäre, den Hausfriedensbruch zu gesonderter komparativer Behandlung herauszulösen, so steht doch alles übrige in so enger organischer Verbindung, daß Anschaulichkeit und Richtigkeit der Darstellung durch eine Sonderung nach dem sachlichen Gesichtspunkt hätten leiden müssen. Allenfalls hätten zwei Komplexe sich bilden lassen: die Freiheitsberaubung mit Menschenraub, Versklavung, Kinderraub einerseits, die Nötigung mit der Drohung andererseits. Aber die systematischen Probleme, die Subsidiaritätsfragen schweißen doch wiederum beide Komplexe zu einer Masse zusammen; und ferner hätte innerhalb jedes Komplexes doch eine scharfe Trennung der einzelnen Länder vorgenommen werden müssen.

Das Gemeinsame der Freiheitsverbrechen ist durch die zwei einleitenden Abschnitte gewahrt und in den Erörterungen der immer wiederkehrenden, aber durch die nationalen und individuellen Verschiedenheiten belebten Hauptfragen festgehalten. Die im bestehenden Recht der Kritik sich bietenden Ansatzpunkte sind vor der Durchwanderung der fremden Länder skizziert worden. Das Fazit für die künftige Neugestaltung unseres Rechtes soll nunmehr wenigstens in den Hauptpunkten zu ziehen versucht werden.

I. Das umfassendste Freiheitsverbrechen, die Nötigung, ist ein Kind der deutschen Wissenschaft. Über Österreich nach Toskana gedrungen, adoptiert danach in Italien und Spanien, vom hannöverschen Entw. 1825 in den norwegischen 1830 und die StrGB. 1842 und 1902 gelangt, nach dem Beispiel des deutschen StrGB. in den Niederlanden, Rußland und zögernd im Schweizer Entw. aufgenommen, — ja sogar, freilich unter Mitwirkung des Conspiracy Act 1875, im ersten englischen Entw. 1878, im Gegenentw. 1880 und in New York auftauchend (S. 442f.) — hat diese Norm bei uns unverlierbares Heimatsrecht. Die Schwierigkeiten der Ausgestaltung liegen in den Fragen der

Rechtswidrigkeit und des Umkreises der Nötigungsmittel. Es muß unbedingte Übereinstimmung der Nötigungs- und Erpressungsmittel erzielt werden; das ist in den Niederlanden (S. 473f.) fast, in Norwegen ganz erreicht (S. 486 zu Anm. 1). Letzteres kann geradezu als vorbildlich gelten; nur dürfte noch eine Spezialnorm über die event. Straflosigkeit der Nötigung zur Unterlassung strafbarer oder typisch unmoralischer Handlungen sich empfehlen. Auch mußte die Fassung deutlich ergeben, daß hier Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erfordert wird. Der Gewaltbegriff gibt stets zu Kontroversen Anlaß, Norwegen hat ihn hier vermieden, die Niederlande haben ihn (S. 473 Anm. 5, 6) erweitern müssen. Der Zweifel hinsichtlich der Betäubung dürfte vielleicht nach niederl. Vorbild durch eine Sondervorschrift im allgemeinen Teil (S. 473 Anm. 4) zu lösen sein. Daneben wird indessen das Gesundheitsdelikt des unbefugten Hypnotisierens noch nicht befriedigend behandelt; hier kann Norwegen (S. 489 sub II 1) den Weg zeigen. Sehr bedeutsam ist auch in beiden Ländern die Hervorhebung der chantage-ähnlichen Nötigung. Besondere Erschwerungsgründe, etwa nach italien. Muster (S. 465 Anm. 3) aufzustellen, erübrigt sich wohl (anders bei der Erpressung). Die sogen. subsidiäre oder komplementäre Natur der Nötigung ist ein internes begriffliches Moment, das Gesetz kann sie weder schaffen noch nehmen; dennoch dürfte ein Hinweis auf das Verhältnis der Praxis nützlich sein.

II. Die Bedrohung ist das Gefährdungsdelikt unserer Gruppe. Es wird zu erwägen sein, ob konkrete Gefährdung zur Vollendung erfordert werden soll; bejahendenfalls hat auch der Versuch als strafwürdig zu erscheinen. Anders, wenn sie zum abstrakten Gefährdungs-, also Polizei- und Formaldelikt gemacht wird (Italien, Niederlande S. 466, 474 f.). — Die Drohungsmittel dürfen enger, aber nicht weiter sein als die Nötigungsmittel. Unzweckmäßig erscheint es deshalb, schlechthin jede Drohung, wie in Italien und Spanien, unter Strafe zu stellen (S. 466 zu Anm. 7, 452 Anm. 6 i. f.). Andererseits ist auch die Beschränkung auf gewisse Kategorien von Straftaten oder wenigstens auf strafbare Handlungen stark formalistisch. Die ital. Fassung (S. 466 Anm. 8, 464 Anm. 9; dgl. Schweiz) wiederum ist bedenklich vag. Man könnte vielleicht auf eine ähnliche Aufzählung wie im österr. Entw. nach Vorbild des geltenden österr. Rechts (S. 418) rekurrieren. Auszuzeichnen wäre dann die Mord- und Branddrohung, namentlich die schriftliche und anonyme (England S. 438 f., Frankreich S. 454, Italien S. 466 cf. 465 Anm. 3, aber auch Österreich S. 416 Anm. 4, Rußland S. 422 IV, Niederlande S. 474 Anm. 4). Nach den unter Italien (S. 466) referierten Erörterungen scheint es psychologisch richtiger, sich auf die überlegte Drohung zu beschränken. Unsere Praxis hat bekanntlich meist mit Drohungen zu tun, die in Wahrheit nur unflätige Zornesausbrüche sind. Will man sie überhaupt an dieser Stelle behalten (und sie nicht lieber zu den Injurien, Schmähungen und Beleidigungen verweisen), so dürften sie mit herabgesetzter Strafe zu bedenken sein, während der ernsten Drohung ernstlichere Strafen als jetzt geziemen. Neben der Strafe, aber auch vielleicht in leichteren Fällen statt ihrer, können Sicherungs-

maßregeln in Betracht kommen: Friedens- oder Führungsbürgschaft (England s. Stephen, Dig. Art. 18 al. 2, Italien Art. 27), Verweisung aus bestimmten Orten (Norwegen S. 490, zu II und III). Endlich könnte erwogen werden, ob nicht „Landzwang“ einfach als ein schwerer gelagerter Fall hier mit einzugliedern wäre (Österreich, Norwegen S. 416 VII, 490 Anm. 1).

III. Die Einsperrung und sonstige Freiheitsberaubung i. e. S. bietet weniger Anlaß zu Änderung. Auf einiges sei hingewiesen. 1. Ein bloß momentanes Festhalten oder auch Binden verdient vielleicht Privilegierung (Geldstrafe); desgl. die tätige Reue (Frankreich, Spanien Art. 495 al. 3, Italien S. 452, 462 Anm. 1). 2. Unter den Qualifikationen wird man dem Mittel, der widerfahrenen Behandlung, dem Zweck Aufmerksamkeit zu schenken haben, doch ohne in die lange Aufzählung Italiens zu verfallen (S. 461 Anm. 7—11), ob auch der Dauer, mag bedenklich sein (Niederl. S. 472 Anm. 3); da jedoch das Verbrechen in jedem Augenblick aufs neue gesetzt wird (Italien S. 461 Anm. 4), so erscheint kein der Handlung fremdartiges Moment hiermit hineingetragen. Zu verwerfen ist die Strafabstufung nach dem schweren Erfolg (besonders ausgebildet bei uns, aber auch Österr. Entw., Niederl., Norwegen S. 418, 472 IV, 487 Anm. 2, vergl. Italien S. 461 Anm. 10). Sah der Täter dessen Möglichkeit voraus, so handelte er mit Lebens- oder Leibesgefährdungsdolus. Solche Gefährdung verdient zu einem eigenen Delikt erhoben zu werden (vgl. Finnland Kap. 21 § 6, Schweiz Entw. 1903 art. 68). 3. Veranlassung der Einsperrung im Irrenhaus (Rußland S. 420 Anm. 6, Niederland S. 472 Anm. 4—6), als Sonderdelikt aufgestellt, dürfte manche Zweifel der Praxis heben. Einsperrung im Bordell (Rußland, England, Norwegen S. 420 Anm. 6, 435 f., 487 Anm. 3) gehört unter die Sittlichkeitsverbrechen. 4. Der Versuch ist für strafbar zu erklären und damit eine schwer begreifliche Lücke in unserem Recht zu füllen. 5. Wegen der etwaigen Aufnahme und Ausgestaltung einer fahrlässigen Freiheitsberaubung ist das Augenmerk vornehmlich auf das Vorbild Hollands und Norwegens zu lenken (S. 472, 488 f.).

IV. Der Hausfriedensbruch ist reich an Problemen. Der Kreis der Schutzobjekte ist sehr eng auf romanischem Gebiet (Frankreich, Italien, Spanien, ältere Niederlande) und in Österreich (S. 411 Anm. 8, 9), dagegen sehr ausgedehnt auf germanischem Gebiet (Deutschland, Österr. Entw. S. 419, Rußland S. 423, England S. 445 f., heutige Niederlande S. 476, Schweiz S. 483 Anm. 5, Norwegen S. 491 V a, b). Letzteres wird als Resultat der heimischen Entwickelung beizubehalten sein.[1]) Der Hausfriedensbruch kann indessen sehr verschiedenes Ansehen und danach auch sehr verschiedene Schwere haben. Gewissermaßen nur die Extreme beachtet England: einerseits das schwere Verbrechen der burglary, Eindringen in verbrecherischer Absicht, vorzugsweise nächtlicher Einbruch — andrerseits die eigenmächtige Besitzentziehung an Grund und Boden (S. 443 ff., 449 VII). Gewissermaßen

[1]) Abzutrennen wäre besser das Eindringen und Verweilen in öffentlichen Diensträumen (Niederlande S. 475 f., cf. S. 409).

nur das Mittelgebiet ist dem deutschen StrGB. bekannt. Übergangserscheinungen zwischen beiden Behandlungsweisen finden sich mehrfach (Österreich, Kirchenstaat, Norwegen S. 411 Anm. 5—7, 467, 491). An das Vorbild Norwegens wenigstens anzuknüpfen scheint empfehlenswert. Man könnte etwa gliedern: 1. oberste Stufe: nächtliches Eindringen in der auf ein Verbrechen im technischen Sinne oder auf gewisse aufzuzählende schwere Straftaten (unter denen der Diebstahl nicht fehlen darf) gerichteten Absicht; mit sehr hoher Strafe zu ahnden, die durch Rückfälligkeit oder habituelles Verbrechertum noch gesteigert wird; 2. gewöhnliche Situation von nicht übermäßiger Schwere (Deutschland, Frankreich, Belgien, Italien, Niederlande, Schweiz, Norwegen S. 409, 453f., 467f., 475, 476u., 483u., 491), wenigstens im Grundfall; Straferhöhung durch Gemeinschaftlichkeit[1]), durch Bewaffnung, aber auch durch die Nachtzeit und durch gewaltsame, die Person gefährdende Mittel des Eindringens (Italien S. 468 Anm. 2; Rußland S. 423u. kennt nur erschwerte Fälle); 3. die Dejektion aus dem Immobiliarbesitz — an Gewicht dem eben besprochenen Falle gleich-, bei gutem Glauben und Selbsthilfe untergeordnet; jedoch systematisch keinesfalls zu den Freiheitsdelikten gehörig (England S. 449f., Norwegen S. 491); 4. das unbefugte Verweilen, bei dem die Aufforderung zur Entfernung beizubehalten wäre (anders Schweiz S. 483 Anm. 4), nicht aber die gewöhnlich auch hier einschlagenden Qualifikationen. Das Delikt zu 4 müßte vielmehr stets als ganz leichtes aufgefaßt werden. Größere Strenge wäre namentlich dann nicht vonnöten, wenn dem Begriffe des Eindringens die gehörige Ausdehnung nach englischem, niederländischem und norwegischem Muster gegeben würde (S. 446ff., 477 Anm. 5—7, 491f.: constructive breaking, präsumiertes Eindringen, Hineingelangen durch täuschende Vorkehrungen, heimliches Einschleichen, nächtliches Betroffenwerden; vgl. auch Rußland S. 423 Anm. 6). — Der auch hier brennenden Rechtswidrigkeitsfrage wäre durch Spezialklauseln abzuhelfen, vor allem nach dem Vorbild Spaniens (S. 454 Anm. 3). Aber auch die häufig (Italien S. 467 Anm. 6, Niederlande S. 478 i. f.) auftauchenden Detailpunkte des Verhältnisses von Mietern und Mitmietern, des Hausherrn zu den Hausangehörigen, des Wirtes zu den Gästen könnten der größeren Klarheit und Rechtssicherheit halber solche Regelung erfahren. — Endlich wird es zumindest für die schweren Gestaltungen nicht von der Hand zu weisen sein, auch den Versuch unter Strafe zu stellen.

V. Die Verbringung in Sklaverei als vollendetes Verbrechen richtet sich nicht gegen die Freiheit des Entschließens und Handelns, sondern gegen den status libertatis, die Rechtspersönlichkeit. Dieses, natürlich auch im Versuch strafbare, schwere Verbrechen ist am schärfsten in Italien (S. 459 II) und demnächst in Norwegen (S. 488) erfaßt. Nur hat man in letzterem Lande den großen Vorteil nicht erkannt, den die italienische Formulierung bietet, indem sie neben die eigentliche Versklavung die uneigentliche, das

[1]) Mann und Frau sollten aber nicht genügen.

Verbringen in eine der Sklaverei ähnliche Lage stellt. Mit einem Schlage ist man damit das seit Feuerbach fortgeerbte und durchgeschleppte Verbrechen des Menschenraubes los, dessen zweiaktiger Aufbau und doppeldeutige Tendenz Verwirrung schuf. Höchstens kann in Frage kommen, ob das Gesetz nicht einige Beispiele der sklavereiähnlichen Situationen anzuführen gut täte. Neben diesem Versklavungsverbrechen wären sodann die (allerdings stark verbesserungsbedürftigen) Bestimmungen unseres Sklavenraubgesetzes im Kern beizubehalten und ihre Ergänzung durch Bestrafung des Dienstenehmens auf Sklavenschiffen nach englischem, niederländischem, norwegischem Beispiel (S. 426 Anm. 4—6, 470 Anm. 3—5, 489 Anm. 3), sowie der Versicherung solchen Transportes (England, Niederlande a. O.) in Überlegung zu ziehen. Die Streitfrage, ob auch ein isolierter Einzelakt des Handelns mit Sklaven herfällt (Deutschland, Niederlande S. 408 Anm. 1, 470 Anm. 1, vergl. Norwegen S. 488 Anm. 1, 489 II 3), müßte im Gesetz klar entschieden werden.

VI. Der Kinderraub ist in der neueren Auffassung überall Verbrechen gegen die elterliche Gewalt. Spielt diese freilich nur die Rolle eines Freiheitssurrogates (Italien S. 462f., vgl. S. 395), so ergibt sich manche unnatürliche Konsequenz. Richtiger ist es deshalb, die elterliche Gewalt als ein eigenes und selbständiges Rechtsgut zu behandeln, und im Einklang damit die Entziehung Minderjähriger zu den Statusdelikten und Verbrechen gegen Familienrechte zu stellen. In dieser Beziehung ist wiederum Norwegen vorangegangen (S. 490 IV). Dann wird man das Schutzalter folgerichtig bis zur vollendeten Minderjährigkeit zu erstrecken, aber die Entziehung des jüngeren Kindes (Niederlande S. 471 zu Anm. 6, vergl. Österreich S. 413 Anm. 3) schärfer zu ahnden haben. Auch möchte einer Unterstützung der Selbstentziehung des Minderjährigen sowie anderen Antastungen des elterlichen Gewahrsams — Verletzung durch Nichtherausgabe und Verborgenhalten, Gefährdung durch Auskunftweigerung — ein Platz einzuräumen sein. Aus dem gleichen Gesichtspunkt wird auch die Mundgewalt über erwachsene Personen analogen Schutz finden müssen (Österr. Entw. S. 417). — Unter den Qualifikationen (wobei Norwegen nur abschreckendes Beispiel sein kann, S. 491 Anm. 1) mag das Mittel (Niederlande S. 471 III 1) eine Rolle spielen. Nur den erschwerten Fall zu strafen, wie Deutschland und Österreich (S. 413, 414 Anm. 1) gegenwärtig tun, erscheint unangebracht und verleitet die Praxis zu Künsteleien. Die Qualifikation durch eigennützigen Zweck — in Italien zu Unrecht ausgeschlossen (S. 463 Anm. 3), aber sonst mehrfach beachtet (Deutschland, Österr. Entw., Rußland S. 408, 417, 421 III) — läßt sich vielleicht mit Vorteil zu einem delictum sui generis erheben (Schweiz S. 481f., vgl. Norwegen S. 491 IVa). Das Hereinspielen unzüchtiger Zwecke müßte auch nach dem Gesetz, damit wohltätige Klarheit in diese Beziehungen kommt, das Verbrechen in ein Sittlichkeitsdelikt umschlagen lassen.



